

الموسوعة الفقهية المقارنة

التجديد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القُدوري

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د. علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية
بجامعة القاهرة

أ. د. محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية
بجامعة القاهرة

المجلد التاسع

دار الشريعة

للطباعة والنشر والتوزيع والزحمة

تنويه

فارقنا الكريم حدث خطأ غير مقصود في اسم الكتاب عند بداية الكتب الفقهية حيث جاء اسم الكتاب : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد : وصوابه [الموسوعة الفقهية المقارنة : التجريد] فلتكرم تصويب نصحك ومن جهتنا سنقوم بتصحيح الخطأ في الطبعة القادمة إن شاء الله

كَافَّةُ حُقُوقِ الطَّبْعِ وَالنِّشْرِ وَالترَّجُمَةِ مَحْفُوظَةٌ

لِلْمُشَارِعِ

دَارُ السَّلَامِ لِلطَّبَاعَةِ وَالنِّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ وَالترَّجُمَةِ

لصاحبها

عبدالله محمد الكار

الطبعة الأولى

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

115
200
A 46
2000
V-7

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي مولد لشارع عباس الضاد علف مكتب مصر للطيران
عند السندبة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشريبي - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتب : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتب : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع
مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥١٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتب : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٢ +)

بريدنا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الفورية - الرمز البريدي ١١٦٦٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

دار السلام

الطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ص ٢٠٠

تأسست دار عام ١٩٧٣م وحصلت
على جائزة أفضل ناشر للقرآن الثلاثة
أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م
في عشر الحفلة ترميها لعدد
ثالث مضي في صناعة النشر

مُؤَسَّسَةٌ
الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ الْمَقَارِنَةِ
السَّامَةِ
الْبَحْرِيَّةِ

كتاب الإقرار

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) (١)

كتاب الإقرار (٢)

(١) بين المكوفين ساقط من (ص) .

(٢) التمهيد في بيان معنى الإقرار لغةً واصطلاحاً والأدلة على مشروعية الإقرار من الكتاب والسنة والإسراع والمنقول : الإقرار لغة : أ - الإقرار إفعال من أقر يقر إقراراً بمعنى وضع الشيء في قراره ، أو أثبت ما كان متزائلاً أو متردداً بين الثبوت والحدود ويطلق على معان منها : الاعتراف : ومنه قوله تعالى : ﴿ وَاعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ ﴾ الآية (١٠٢) من سورة التوبة . أي أقرأ ، ويقال : مازلت به حتى أقر أي اعترف . الإذعان : ومنه قوله تعالى : ﴿ قَدْ مَنَّ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ إِذْ أَخْرَجَهُمْ مِنَ ظُلُمَاتٍ إِلَى نُورٍ ﴾ الآية (٨١) من سورة آل عمران . ويقال : ما زال معانداً حتى ظهر له الحق فأقر به أي أذعن له . الوضع : يقال أقر الشيء في مقره أي وضعه في موضعه ، وهذا في المحسوسات . الموافقة : تقول : أقرت على هذا الأمر أي أوافقك عليه ، ومنه قول الخليل : « كان الصحابة يفعلون كذا فيقرهم عليه رسول الله ﷺ » أي يوافقهم عليه . الثبات والاستقرار يقال : « قر القوم على رأيهم » أي ثبت واستقر ، وقرت النفس أي ثبتت بعد تردد ، انظر ذلك في لسان العرب ج ٥/٣٥٨ ، المصباح للمير ٢/٦٨١ ، ٦٨٢ ، أساس البلاغة للزمخشري ص ٧٥٦ . ب - الإقرار في اصطلاح الفقهاء : عرف الفقهاء الإقرار بتعريفات مختلفة ومن هذه التعريفات ما عرفه به بعض الحنفية بأنه : « إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه » .

الإقرار وعدد المالكية : « خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه » .

وأما الشافعية فقد عرفوا الإقرار بأنه : إخبار عن حق ثابت على الغير .

وأما الحنابلة قد عرفوا الإقرار بأنه : « إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظاً أو كتابة في الأقبس أو إشارة أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه فيه » .

التعريف المختار : من هذه التعريفات الأربعة هو تعريف بعض الحنفية ، لأنه تعريف جامع ومانع ولأنه عرف الإقرار بحقيقته ، أما المالكية فعرفوه بلامه ، أي ما يلزم الإقرار من وجوب الحكم على المقر ، والتعريف بالحقيقة يقدم على التعريف باللام . وتعريف الشافعية فيه عدم لمدم ذكر كلمة « للغير » .

وتعريف الحنابلة فيه عموم لدخول غيره فيه ، واقتصاره على المنى اللغوي وخروجه عن حقيقة الإقرار إلى مسائله . كما يلاحظ أن تعريف بعض الحنفية أخرج الرواية بلفظ « الغير » ، وأما تعريف المالكية فقد أخرجها بلفظ « فقط » . ويؤيد تعريف المالكية عبارة : « بلفظه أو لفظ نائبه » ليشمل إقرار المقر وإقرار نائبه . ولكن تعريف الشافعية خال من قيد يخرج الرواية التي اشتمل عليها التعريف ، ينسأ هذا اللفظ خرج من التعريف بلفظ للغير . عند الحنفية . ولفظ « فقط » عند المالكية ، إلا أن تعريف الحنفية أشمل . أما تعريف الحنابلة فإنه اشتمل على من يصح إقراره وبما ينمقده حيث ينمقده باللفظ والكتابة والإشارة ، وهذه الأمور كلها خارج عن ماهية الإقرار وحقيقته . انظر نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية شرح بداية المبتدي ٣١٨/٨ ط دار الفكر ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبيدي ٢/٥ ط دار المعارف ، بيروت ، شرح المحرشي على مختصر خليل (٨١/٦ ، ٨٧) دار صادر بيروت ، مؤلف الجليل شرح مختصر خليل ج ٥ ، ص ٢١٦ ط =

دار الفكر بالقاهرة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي (٣٩٧/٣) مني
 الخراج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن
 شرف النووي (٢٣٨/٢) ط مصطفى الباني الحلبي وأولاده ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للمسند الدين
 محمد بن أبي العباس الرمي (٦٤/٥) ط دار الفكر بالقاهرة ، كشف القناع عن متن الإقناع لنعصور بن
 يونس البهوتي (٤٥٢/٦ ، ٤٥٣) ط دار الفكر ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام
 أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن على بن سليمان المرداوي (١٢٥/١٢) ط السنة المحمدية بالقاهرة .
 ج - أدلة مشروعية الإقرار : فامت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمقول على مشروعية الإقرار ، أما
 الكتاب ، فأيات كثيرة : منها قوله تعالى : ﴿ وَذَرَاكَ لَهْذَ اللَّهُ يَسْتَعِزُّ الْاَقْبَيْنِ لَمَّا عَاتَبْتَصَمَّ مِنْ حَسْبِكَ وَيَكْفُرُ كُفْرًا
 كَبَّاسَةً رَسُولُ مُسَوِّدٍ لِمَا مَكَّمْ تَكْفِيرُهُ بِهِ وَلَقَدْصَرَّفْتُ قَالَ مَقْرَدُشْ وَأَعْدَمْتُ عَلَى ذَلِكُمْ إِسْرِي فَأَوْرَأْتُنَا قَالَ
 فَأَشَدُّدَا وَأَنَا مَكَّمْ مِنْ اَنْفَكِهِينِ ﴾ الآية رقم (٨١) من سورة آل عمران . وجه الدلالة من الآية الكريمة ، أنه
 تعالى طلب منهم الإقرار ولو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه . انظر نتائج الأفكار (٣١٩/٨) . وقوله تعالى :
 ﴿ كُذِّبُوا قَرَابِينَ يَأْتِيهِمْ شَهَادَةٌ بَرُّ وَكَوْ عَلَى اَنْفُسِكُمْ ﴾ من الآية رقم (١٣٥) من سورة النساء . وجه الدلالة :
 الشهادة على الإقرار ، ولولا أن الإقرار حجة لما أمر به ولكنه قد أمر به فدل على أنه حجة . انظر المبسوط
 لشمس الدين السرخسي (١٨٥/١٧) ط دار الكتب العلمية ، نتائج الأفكار (٣١٩/٨) .
 وأما السنة المطهرة فأحاديث كثيرة منها :

١ - عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما قالوا : « إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال يا
 رسول الله : أنشدك إلا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم : وهو أقره منه ، نعم ، فاقض بيننا بكتاب
 الله واثن لي ، فقال رسول الله ﷺ : قل ، قال : إن ابني كان عسيقاً أي (أجيلاً) عند هذا ، فزني
 بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم ، فافندت منه بمائة شاة وخادم ثم سألت رجلاً من أهل العلم
 فأخبروني أن على ابني جلد مائة ، وتغريب عام ، وأن على امرأته الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : والذي
 نفسي بيده : لأقضين بينكما بكتاب الله ، المائة شاة والخادم رد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ،
 واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فاعترفت فقضى عليها ، فأمر رسول الله ﷺ فرجمت .
 هذا الحديث متفق على صحته رواه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب المحاربن من أهل الكفر والردة ،
 باب الاعتراف بالزنا (٢٠٧/٨ ، ٢٠٨) واللفظ له والإمام مسلم في صحيحه (١٢٠/٥) والإمام أحمد
 في مسنده (١١٥/٤) ونبيل الأوطار شرح متنى الأخبار للشوكاني (٢٤٩/٧ ، ٢٥٠/٧) ط مصطفى الباني الحلبي
 وأولاده بمصر . وجه الدلالة أنه ﷺ على الرجم الذي هو أمر خطير على الاعتراف ؛ فلو لم يكن الاعتراف
 حجة لم يعلق الرجم عليه فثبت أن الإقرار حجة . انظر حاشية الشرفاوي على تحفة الطلاب ١٣٧/٢ ،
 نتائج الأفكار ٣١٩/٨ . وكذلك رجم رسول الله ﷺ ماعزاً والغامدية لإقرارهما بالزنا . انظر صحيح مسلم
 بشرح النووي (١٩٦/١١ ، ٢٠١) مسند الإمام أحمد (٢٣/٥) فلو لم يكن الإقرار حجة لم يغم
 عليهما الحد فدل ذلك على أنه حجة فإذا كانت الحدود تدرئ بالشبهات فيكون حجة فيها وحجتها في
 غيرها يكون من باب أولى . أما الإجماع فقد أجمع المسلمون على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله
ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار فدل ذلك على أنه حجة . انظر نتائج الأفكار (٣١٩/٨) بداية المجتهد



إقرار الصبي المأذون

١٥٥٣٣ - قال أصحابنا [إقرار الصبي ^(١) المأذون ^(٢) لازم ^(٣)] .

١٥٥٣٤ - وقال الشافعي [^(٤) لا يصح إقراره ^(٥)] .

= ونهاية المفتصد لأين رشد الحفيد (٤٧١/٢) ط دار المعرفة ، مضي المحتاج (ج ٢٣٢/٢) . أما المقول فلأن الخبر كان مردداً بين الصدق والكذب في الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق وبزجرانه عن الكذب ، والنفس أمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق غيره أما في حق نفسه فلا . فصار عقله ودينه وطبعه دواعي إلى الصدق وزواجر عن الكذب ، فكان الصدق ظاهراً فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به . انظر تبين الحقائق (٣/٥) البسيط (١٨٤/١٧) ولأن أكثر الحقوق لا يوصل إليها إلا بالإقرار ، فكانت الضرورة داعية إلى الأخذ به ، والحاجة ماسة إلى العمل به ، ولأنه لما لزم الحكم بالشهادة مع احتمالها كان الحكم بالإقرار مع قلة احتماله أولى .. وبذلك ثبت أن الإقرار حجة ولا خلاف في ذلك . ولا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ عليه وحده ، إلا أن يرد المأذون له فيرد برده . انظر تبين الحقائق (٣/٥) الخاوي الكبير للماوردي ، تحقيق وتعليق الشيخ على معوض والشيخ عادل عبد الموجود (٤/٧) ط دار الكتب العلمية ، المغني مع الشرح الكبير (٢١٧/٥) . (١) الصبي في اللغة : هو الغلام الصغير والجمع صبية وصبيان وصبوة . انظر لسان العرب (٢٣٩٧/٤ ، ٢٣٩٨) للمصباح المنير للفيومي (٤٥٤/١) الطبعة السابعة المطبوعة الأميرية بالقاهرة ، مادة صبي . (٢) الإذن لغة : أذن بشيء ، إذناً وإذناً وأذناً أي علم ، وفي الاصطلاح : فك الحجر الثابت شرعاً وإسقاط الحق مطلقاً ، الإذن يثبت صراحة ودلالة ، فالصرحة : إذا قال لفلانة : أذنت لك بالتجارة ، وأما الدلالة : بأن يرى غلامه يبيع ويشترى فسكت ولم يمنعه منه ، فسكوته إذن له في التجارة . انظر لسان العرب (٥١/١) للمصباح المنير (١٣/١) مادة أذن . وجميع الأنهر شرح مفتي الأبحر (٤٤٥/٢) الباب شرح الكتاب (٢٢٣/٢) . (٣) انظر بدائع الصنائع للكاظمي (٢٢٢/٧) نتائج الأفكار (٣٢٣/٨) حاشية ابن عابدين (٤٤٨/٤) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغنياني (١٨٠/٢) . (٤) ما بين المكوفين ساقط من (ج) ، (م) . (٥) انظر كتاب الأم للشافعي (٢٣٩/٣) مضي المحتاج (٢٣٧/٢) الخاوي الكبير (٣/٧) المهذب للشيخ زكري (٤٣٨/٢) التكملة الثانية للمجموع شرح المهذب (٢٩٠/٢٠) . اختلف الفقهاء في إقرار الصبي وتصرفاته على مذهبين : فذهب الحنفية والمالكية ، والحنابلة في قول ، إلى أن تصرفات الصبي مفسدة إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول : التصرفات النافعة المحضة ، فإنها جائزة عنه كإسلاسه وقبول الهدية والصدقة ونحو ذلك ، ومقتضى ذلك صحة إقراره بها ما دام يملكها ، ولو بدون إذن . القسم الثاني : التصرفات الضارة المحضة ، فإنها لا تصح منه كإطلاق العتاق والصدقة والقرض ونحوية ونحوها ، ومقتضى ذلك عدم صحة الإقرار بها بسبب عدم ملكية الصبي لهذه التصرفات فلا يتصور إقراره بها . لا يقدر على الإنشاء .

١٥٥٣٥ - لنا ^(١) أنه هذا مبني على جواز الإذن له في التجارات ^(٢) ، وعلى صحة توكيله ^(٣) وقد دللنا على الأصلين ^(٤) .

١٥٥٣٦ - ومن صح تصرفه جائز إقراره كالبالغ ^(٥) ،

القسم الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء والإجارة والرهن ونحوها فيصح تصرفه إذا كان مأذوناً له في التصرف ومن ثم يصح إقراره . وفي قول عند الحنابلة : إنه لا يصح إقرار الصبي المأذون إلا بالشيء اليسير ، وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى ، كما جاء في المغني مع الشرح الكبير . وذهب الشافعية إلى أن تصرفات الصبي غير جائزة مطلقاً ، إلا في الوصية في قول فتاوى اللجنة الدائمة في اعتبار قول الصبي كما نص عليه في الإبراء ، ورجحه جمع من الأصحاب ، وهذا القول يوافق الجمهور في اعتبار قول الصبي المأذون المميز وهذا القول لم يذكره الإمام القدوري في تجريدته انظر الباب شرح الكتاب ١٧٨/٤ ، مجمع الأهر (٤٥٤/٢) تبين الحقائق (٣/٥) بدائع الصنائع (١٧١/٧) الفتاوى الهندية (١١٠/٥) حاشية الدسوقي (٣٩٧/٣) بداية المجتهد (٢٣٩/٢) الحاوي الكبير (٢/٧) الأم (٢٣٩/٣) مغني المحتاج (٤٢٤/٢ ، ٣٩/٣) كتاب الوجيز للقرافي (١٩٤/١) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ، المغني مع الشرح الكبير (٢٢٧/٥ ، ٢١٦) كشف القناع (٤٥٧/٣) الإنصاف (١٢٨/١٢) .

(١) أي دليل الحنفية .

(٢) قال الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْكَيْفِ حَقٌّ إِذَا بَعَرْتُمُ الْبَيْعَ فَإِنْ تَأَمَّلْتُمْ فِيهِمْ شَيْئاً فَادْعُوهُمْ إِلَيْهِمْ أَوْفَاقُ ﴾ الآية (٦) من سورة النساء . وجه الدلالة إن ابتلاء التيمم هو إظهار عقله بدفع شيء من أمواله إليه ، لينظر الولي أنه هل يفتر على حفظ أمواله عند التوالب ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة فكان الأمر بالابتلاء إذاً بالتجارة ، من هنا يرتفع الحجر عن الصبي بأمرين :

١ - إذن الولي إياه بالتجارة ، ٢ - البلوغ . انظر بدائع الصنائع (١٩٣/٧) الاختيار لتعليل المختار (١١١/٢ ، ١١٢) .

(٣) الوكالة لغة : بكسر الواو وقمعها التفويض والتسليم ، من وكلت الأمر إليه أي فوضته إليه ، والتوكيل : إظهار العجز والاعتماد على الغير ، والوكيل هو القائم بما فوض إليه والمجسم وكلاء . واصطلاحاً إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم . انظر لسان العرب (٤٩٩/٦) للمصباح المنير (٩٢٤/٢) كتاب الترميزات للبرجاني ص ٢٢٧ ، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي ص ٢٨٤ ، ط دار الفنايس ، البناية شرح الهداية (٢٦١/٧) ط دار الفكر ، تحفة الفقهاء للسرخسي (٣٨٠/٣) تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكي عبد البر ، الطبعة الأولى مطبعة جامعة دمشق .

(٤) الأصل الأول هو صحة التوكيل ، والأصل الثاني هو الإذن له في التجارة ، فإذا كان الصبي مأذوناً له في التجارة يصبح منه التوكيل بها لأنه يملكها بنفسه فإن البلوغ ليس بشرط لصحة التوكيل ، فتصح وكالة الصبي المعامل المأذون ، لما روي عن رسول الله ﷺ لما خطب أم سلمة رضي الله عنها قالت : إن أوليائي غُيِّبَ يا رسول الله فقال ﷺ : « ليس فيهم من يكرهني » ثم قال لمر بن سلمة : « قم فزوج أمك بني » فزوجها من رسول الله ﷺ . أخرجه النسائي في سننه في باب إنكاح الابن أمه عن ابن عمر عن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة (٨١/٦ ، ٨٢) والبيهقي في نصب الرتبة في تخريج أحاديث الهداية (٩٢/٤ ، ٩٣) .

(٥) البلوغ لغة : الوصول والانتهاه من بلغ الشيء يبلغ بلغوا وبلغاً إذا وصل وانتهى ، ويعني شارف عليه ، =

ولأنه عاقل^(١) ميمر فجاز أن يصح إقراره كالبالغ^(٢)؛ ولأنه يؤمر بالصلاة فجاز أن يصح إقراره . أصله^(٣) : إذا بلغ خمس عشرة^(٤) سنة .

١٥٣٧ - ولأنه معنى يصح في حق من بلغ خمس عشرة سنة ، ولم يحتلم^(٥)

= ومنها قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغَ لَحْمَهُ ﴾ من الآية (٢) من سورة الطلاق . أي إذا شارف الغشاء العدة ، وبلغ بمعنى أدرك يقال : بلغت النمار أي إذا نضجت ، وبلغ الشجر وبلغ الصبي بلوغاً وهو بالغ إذا احلم وأدرك . انظر لسان العرب (٣٤٥/١) المصباح المنير (٨٤/١ ، ٨٥) الصحاح (١٣١٦/٤) مادة بلغ . وفي الاصطلاح عند الحنفية انتهاء حد الصغر كما جاء في حاشية ابن عابدين ١٥٣/٦ ط مصطفى البهي الحلبي . وعرفه المالكية بأنه قوة تحدث لشخص تنقله من حالة الطفولة إلى غيرها . انظر شرح الحرشي (٢٩١/٥) ، أسهل المدارك ٥/٣ ، ط عيسى البايي وشركاه . ولما كان البلوغ عبارة عن قوة تحدث لشخص تنقله من حالة الطفولة إلى غيرها ، وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد ، فجعل الشارع الحكيم لها علامات يستدل بها على حصولها . وهذه العلامات منها يشترك فيها الرجال والنساء وهي الاحتلام والإنبات والسن ، وشيئان تختص بها النساء دون الرجال وهما الحيض والحمل .

(١) العقل لغة : عقل يعقل عقلاً ومعقولاً فهو عاقل ، والعقل الحجر والنهي ضد الحق والجميع عقول ، والعقل المنع أيضاً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القواحيش ، ومحل القلب . وهو نور روحاني به تدرك النفس العلوم الضرورية ، والنظرية وابتداء وجوده عند اجتنان الولد ، ثم لا يزال ينمو إلى أن يكمل عند البلوغ . وقبل العقل : من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادراً ، والمجنون ضده ، والصبي المميز هو الصبي العاقل الذي يميز بين النفع والضرر ، وكل عاقل أختير بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسباً للظن به وهو الأصل . انظر لسان العرب (٣٠٤٦/٤) مختار الصحاح ص ٤٢٦ ، قاموس المحيط (١٨/٢) فصل العين ، باب اللام ، مجموعة سبعة كتب مفيدة ص ٢٤ ، بدائع الصنائع (٢٥٢/٦) فتح القدير (٤٨٧/٣)

(٢) انظر الهداية (٤/٤) البناية شرح الهداية (٥٣٨/٨) بدائع الصنائع (١٩٢/٧) نتائج الأفكار (٣٢٤/٨) .

(٣) أصله : أي ذلله ، الأصل في اللغة ما ينمي عليه غيره ، سواه أكان هذا الانبعاث حسياً كانبعاث الجدار على أساسه أو عقلاً كانبعاث الحكم على ذلله ، وجمعه أصول ، وفي الاصطلاح يطلق على الراجع والمستصحب والقاعدة الكلية والدليل وهذا هو المراد هنا .

والدليل لغة : المرشد والكاشف وما يستدل به وجمعه أدلة ، على وزن فعل بمعنى فاعل كعيلم وسيمع بمعنى عالم وسامع ، وفي الاصطلاح : هو الذي يمكن أن يتوصل لصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري قطعي كان أو ظاهري . انظر المصباح المنير (٢٧٠/١) لسان العرب (٨٩/١ ، ١٤١٤/٢) إرشاد الفصول (٤٦/١) شرح الكوكب المنير (٥١/١) ط مكة ، شرح البدعشي على منهاج الأصول (١٣/١) .

(٤) في نسخة (ص) خمس عشرة سنة والصوراب ما أثبتته كما في نسختي (م) ، (ع) .

(٥) اختلف الفقهاء في السن الذي تعبر بلوغاً في الصبي سواء أكان ذكراً أو أنثى إذا ما تأخرت فيه ظهور علامات البلوغ كالانزال والإنبات والحيض والحمل فقد ذهب الصحاحيان من الحنفية ورواية عن الإمام أبي حنيفة وابن وهب من المالكية والشافعية والحنابلة أن الصبي إذا أتم خمس عشرة سنة عُتِدَ بالغاً ، مستدلين =

فجواز في من لم يبلغها على تلك الصفة أصله : وجوب صدقة الفطر ، ولأنه أحد نوعي الحجر ^(١) فجواز أن يكون منه ما يرتفع بالإذن من التجارة أصله / النوع الآخر ^(٢) . ١٧٨
١٥٥٣٨ - ولا يلزم المجنون ^(٣) ، لأنه دخل في الفرع ؛ ولأن إذن المجنون الذي يحسن الشراء يجوز ^(٤) .

= بحديث ابن عمر رضي الله عنه قال : « غُرِضْتُ على رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني » قال نافع : فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذ خليفة فحدثته هذا الحديث فقال : « إن هذا الحد بين الصغير والكبير فكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن كان ابن خمس عشرة سنة ، ومن كان دون ذلك فاجعلوه في العيال » . رواه البخاري في صحيحه في كتاب الشهادات ، انظر صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر المصنفاتي (٢٧٦/٥) ، (٢٧٧) مسلم في صحيحه واللفظ له في كتاب الإمارة (٣٠/٦) الترمذي في جامعه الصحيح في كتاب الجهاد وقال عنه : حديث حسن صحيح غريب من حديث سفيان الثوري (١٢٧/٣) وروى أبو داود في سننه في كتاب الحدود (١٤١/٢) : السُّنُّ المعتبرة في البلوغ هي خمس عشرة سنة وتحدد عمر بن عبد العزيز استحقاق العطاء المفروض لمن بلغ سن خمسة عشر عامًا يعتبر دليلاً على ثبوت البلوغ في هذا السن وهذه علامة من علامات البلوغ المعتبرة . وذهب الإمام أبو حنيفة في قول والمشهور من مذهب مالك أنه إذا أتم سن ثمانية عشر عامًا اعتبر بالغًا ، وإن كانت أثنى فإذا أتمت سبع عشرة سنة اعتبرت بالغًا ، وبذلك ذهب المالكية إلى عدم التفريق بين الذكر والأنثى في السن فكلاهما في البلوغ سواء . والراجح هو للمذهب الأول ، وهو قول الجمهور استنادًا إلى ما جرى من أحوال الناس وغالب أمرهم . انظر ذلك تبين الحقائق (٢٣٠/٥) نتائج الأفكار (٢٧٠/٩) شرح المحرشي (٢٩١/٥) أسهل المدارك (٥/٣) الحاروي الكبير (٤٤٢/٦) - ٤٦٦ (روضة الطالبين (١٧٨/٤) المغني مع الشرح الكبير (٥١٤/٤ ، ٥١٥) .

(١) الحجر لغة : الخنع ، حجر عليه حجرًا من باب قتل أي منعه من التصرف ، وهو محجور عليه ويطلق على الحرام لأنه فقيع عنه ، والحجبر بالكسر العقل لأنه مانع عن الغباء ، والحجبر حطيم الكعبة في مكة ، لأنه منع من الإدخال إلى قواعد البيت ، وحجبر السفينة منعه عن التصرفات . انظر لسان العرب (٧٨٢/٢) المصباح المنير (١٦٧/١) القاموس المحيط (٤/٢) طلبة الطلبة ص ٢٢٤ . وفي الاصطلاح : عبارة عن منع النفاذ في التصرفات القولية وسببه الرق والصغر والجنون ، وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال فلا تنفذ العقود بها . انظر البناية شرح الهداية (٢١٤/٨) تبين الحقائق (١٩٠/٥) اللباب (٦٦/٢) .
(٢) النوع الآخر هو السفه ، فإذا زال الحجر في السفه بالإذن صح إقراره ، فمن باب أولى أن يصح في الصبي المميز .
(٣) الجنون لغة : هو نقصان في العقل ، ويعنى الستر وهو من جن الشيء ينجئه أي يستره ، وكل شيء ستر عنك فقد جُرى عنك وسمي به الجن لاستتارهم واختفاتهم عن الأبصار وسمي كذلك الجنين لاستتاره في بطن أمه ، وهو بمعنى زوال العقل أو فساد . وفي الاصطلاح : اختلال في العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً . انظر لسان العرب (٣٠٧/١) المصباح للجوهري (٣٠٩٣/٥) الترفيفات ص ٩٢ .
(٤) المراد هنا جنون غير عمد ، ثم في الدليل نظر : لأن المجنون إذا كان جنونه مبنياً لا يجوز تصرفاته ، وإن كان غير عمد ففي وقت جنونه لا تصح تصرفاته ، وفي وقت إنفاقه لا يعتبر مجنوناً ، لأن المجنون لا يحسن =

١٥٥٣٩ - لأن الحجر تارة يكون مع عدم وجود التكليف ^(١) وتارة مع وجوده فلما كان الإذن يؤثر في إزالة أثر أحد الحجرين ^(٢) جاز أن يؤثر في الآخر ^(٣).

١٥٥٤٠ - احتجوا ^(٤) بقوله عليه السلام : رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم ، ^(٥).

١٥٥٤١ - الجواب : أن هذا يقتضي رفع التكليف الشرعي ؛ وجواز الإقرار غير معلوم بالشرع ^(٦)

= الشراء البتة ، قوله عليه السلام : « رفع القلم عن ثلاث » منهم المجنون حتى يفيق ، فلا اجتهاد مع النص والمخترن يؤثر في الأهلية فيعدها لأنها تثبت بالمقل والتميز ، والمجنون فاسد العقل عديم التمييز ، ولهذا كان حكمه حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأعماله . انظر الهداية (٢٨٠/٣) الاختيار (١٢٤/٢) .

(١) عدم التكليف بأن يكون صبيًا فيحجر عليه ، والتكليف في اللغة هو الأمر بما ينشئ عليك وعند الأصوليين : إلزام ما فيه كلفة ، أو طلب ما فيه كلفة ، وتارة مع وجود التكليف بأن يكون بالغًا ولكن السفيه يحجر عليه والإذن يزيل هذا الحجر ويدل على أهليته . انظر لسان العرب (٣٩١٧/٦) مختار الصحاح ص ٦٠٢ ، القاموس المحيط (١٩٢/٣) البرهان لإمام الحرمين الجويني تحقيق دكتور عبد العظيم الديب (١٠١/١) ط دار الأنصار القاهرة .

(٢) في نسخة (ص) : [الحجر] والصواب ما أثبتته كما في (ع) ، (م) .

(٣) هكذا في جميع النسخ . صحة العبارة ؛ فلما كان الإذن يؤثر في إزالة أثر أحد الحجرين جاز أن يؤثر في الآخر ، ومعناه أن الإذن يؤثر في إزالة الحجر الواقع على البالغ السفيه ، فيجوز أن يؤثر في إزالة الحجر على الصبي المميز غير البالغ ، بجامع نقصان العقل فيهما .

(٤) يقصد بذلك استدلال الشافعية على مدعاهم (٥) روى هذا الحديث الإمام البخاري في صحيحه مرفوعًا على الإمام علي في كتاب الطلاق ، كتاب الحدود بلفظ عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يدرك (٢٠٤/٨ ، ٢٠٥ ، ٥٩/٧) ورواه أحمد عن علي أيضًا في مسنده (١٠٠/٦ ، ١٠١) ، وفي رواية أخرى عن الصغير حتى يكبر ، وكما رواه النازمي في سننه مرفوعًا عنها في كتاب الحدود (٩٣/٢) وروى أبو داود في سننه مرفوعًا عنها ، وعن علي في كتاب الحدود (١٤١/٢) ورواه ابن ماجه مرفوعًا عنها وعن علي في كتاب الطلاق (٦٥٨/١ ، ٦٥٩) والترمذي في سننه (٣٢/٤) وقال حديث حسن غريب من هذا الوجه .

(٦) الشرع لفة البيان والإظهار وظله الشرعية . وهو مورد الناس للاستقاء ، سميت بذلك لوضوحها ، وجمعها شرائع . واصطلاحًا : ما سن الله تعالى من الدين . انظر المصباح للبدر (٤٢١/١) تهذيب الأسماء واللغات للزوي (١٦١/٣) التعريفات للحرثاني ص ١٣٩ ، لسان العرب (٢٢٣/٤ ، ٩٣٢٢) . ولزاد في حوزة إقران المأذون غير معلوم بالشرع ، والإجماع على أن حكم الآخرة وهو المواخنة مراد ، فلا يراد الآخر معه ولا عزم ، فاسبب الخلاف بين الجمهور والشافعية هو أن الشافعية يرون أن الحديث عام يشمل الدنيا والآخرة ولكن الجمهور يرون أنه يتعلق بالآخرة من المواخنة والإثم المرفوع عنه ، لورود الحديث الشريف . أما حكم الدنيا فيقال عليه كلرش الجنابة ، وضمان إتلافه والدية في القتل وغير ذلك من الأحكام . انظر ضح التقدير لامين الهمام الحنفي (٤٨٧/٢ - ٤٨٩) الهداية (٢٨٠/٣) المغني مع الشرح الكبير (٦٧٢/٥) .

- ١٥٥٤٢ - قالوا : غير مكلف فلم يصح إقراره كالمجنون ^(١) .
- ١٥٥٤٣ - قلنا : المجنون إذا كان يعقل التصرف فأذن له جاز إقراره ، فلا فرق بين وبين الصبي ^(٢) .
- ١٥٥٤٤ - قالوا : [إقرار ^(٣)] من غير مكلف فصار ، كمن لم يؤذن له ^(٤) .
- ١٥٥٤٥ - قلنا : إذا لم يؤذن له لم يملك التصرف فلم يجز إقراره ، وإذا أُذن له ملك التصرف فجاز إقراره ، (بما يدل على) الفرق بينهما ^(٥) .
- ١٥٥٤٦ - [فإن قيل] ^(٦) : العبد المحجور لا يلزم إقراره في الحال .
- ١٥٥٤٧ - قلنا ^(٧) : فإن كان مأذوناً لزم للمعنى ^(٨) الذي ذكرنا .
- ١٥٥٤٨ - قالوا : لو أقر الأب عليه لم ينفذ ، وهو يستفيد التصرف بإذنه ، فكيف يملك منه ما لا يملكه ^(٩) .
- ١٥٥٤٩ - قلنا : وإذا الأب لا يملك الإقرار به ، وإنما يرتفع الحجر فيكون إقراره بنفسه .
- ١٥٥٥٠ - ويجوز أنه يكون الإذن سبباً ^(١٠) فيما لا يملكه الإذن وهو الأب .

- (١) انظر : الحارثي الكبير للماوردي (٤/٧) ، وعبارته : عدم اتكليف يمنع من صحة الإقرار كالمجنون .
- (٢) في نسخة (ص) : [عنه وعن الصبي] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .
- (٣) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٤) انظر : للمعنى في الحاوي الكبير (٤/٧) .
- (٥) ما بين القومين زائد للسباق .
- (٦) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ ، والسباق يقتضيه .
- (٧) كلمة (قلنا) ساقطة من جميع النسخ ، زيدت ليستقيم المعنى .
- (٨) في (ع) ، (م) : [المعنى] .
- (٩) قال الشافعي : من لم يجز يمه لم يجز إقراره ، وتأوله أصحابه بتأويلين : أحدهما : من لم يجز يمه بحال كالصبي والمجنون لم يجز إقراره في حال من الأحوال . والثاني : أن من لم يجز يمه في شيء ، لم يجز إقراره في ذلك الشيء . انظر الحاوي الكبير (٧/٧) .
- (١٠) في نسخة (ص) شبه والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (ن) . والسبب في اللمة : الحليل ، وهو كل شيء يتوصل به إلى غيره ، والجميع أسباب ، نقول : جعلت فلاناً لي سبباً أي فلان أي صلة وزريعة . وفي الاصطلاح : عبارة عما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه . وجاء في البحر المحيط : هو الرصف الطاهر المصيط الذي أنيط به الحكم الشرعي كجعل دلوك الشمس معروفاً لوجوب الصلاة . والسبب بوعاد : النوع الأول : السبب التام : وهو الذي يوجد المسبب لوجوده فقط ، والثاني : السبب غير تام . وهو الذي يتوقف وجوب المسبب عليه لكن لا يوجد المسبب بوجوده وحده . انظر لسان العرب (٣/١٩١) المصباح للمير (٣٥٦/١) التعريفات ص ١٠٣ ، البحر المحيط للزرخش (٦/٢) .

بدلالة ^(١) : أن شهادة القابلة سبب يفضي إلي ثبوت النسب ^(٢) ولو شهدت بالنسب لم يجوز ^(٣) والعبد يملك الطلاق ^(٤) بإذن المولى في النكاح ^(٥) والمولى لا يملك الطلاق عليه ^(٦) .

• • •

- (١) الدلالة : من دل يدل دلالة بمعنى الإرشاد ، وجمعها دلائل ودلالات ، والدلالة بفتح الدال على الألف مصدر . وفي اصطلاح الأصوليين : هي ما النظر فيها يفضي إلى العلم ، أو : هي ما يلزم من فهم شيء فهم شيء آخر ، وعرفها الجرجاني بأنها كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر ، والثي الأول هو الدال ، والثاني هو المدلول . انظر للمحم الوسيط (٣٠٤/١) لسان العرب (١٤١٤/٢) المحضد لأبي الحسين البصري (١٠/١) شرح الكوكب المنير (١٢٥/١) الترمذيات ص ٩٣ .
- (٢) النسب في اللغة : القرابة ، يختص بجهة الآباء ، فيقال انتسب إلى أبيه وأجداده ، كما يقال انتسب لها ، أي اذكر لنا آباءك وأجدادك ، ويقولون رجل نسب أي ذو حسب ونسب إلى آباء كرام . ويطلق على الطريق المستقيم ، وبمعنى الشدة والنفوة ، يقال انتسبت الرياح إذا اشتدت ، وقال صاحب معجم مقاييس اللغة ، كلمة النسب ترجع في الأصل إلى معنى واحد وهو اتصال شيء بشيء . انظر لسان العرب (٤٤٠٥/٦ ، ٤٤٠٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٤٢٣/٥ ، ٤٢٤) طلبة الطلبة ص ٢٧٩ .
- (٣) لأن شهادتها حجة لثبوت النسب ، انظر الهداية (٣٦/٢ ، ١١٧/٣) . ثم السب من جانب الرجال يثبت بالفرائض ، ومن جانب النساء يثبت بالولادة ، ولا يثبت بالولادة إلا بالدليل ، وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو شهدت عليه بالنسب ، ولم تحضر الولادة فإنها لا تصح ولا يثبت النسب بها . انظر بدائع الصنائع (٢٥٣/٦) الهداية (٣٥/١ ، ٣٦ ، ١١٧/٣) .
- (٤) الطلاق لغة : رفع القيد والتطليق كذلك ، يقال طلق تطليقاً وطلاقاً ، كما يقال سلم تسليماً وسملاً ، والطلاق ارتناع العبد والإطلاق . والإرسال لكن جعل في المرأة طلاقاً وفي غيرها إطلاقاً وهما ضد الحبس . وفي الشرع : رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح . انظر لسان العرب (٢٦٣٩/٤) المصباح المنير (٥١٣/٢) ٥١٥ ، طلبة الطلبة ص ١٤٤ ، تبين الحقائق (١٨٨/٢) فتح القدير (٣٦٤/٣) .
- (٥) النكاح لغة : بمعنى الطء وبمعنى العقد ، وهو التزوج من باب ضرب والمرأة تاكل أي ذات زوج ، واستكح بمعنى أنكح وتزوج وهي بمعنى الضم ، يقال : تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض ، وفي الاصطلاح : عبارة عن عقد مخصوص أحد ركبيه الإيجاب والآخر القبول ، يلغظ مخصوص وهو زوجت وتزوجت وأنكحت . انظر لسان العرب (٤٥٣٦/٦) للمصباح المنير (١٢٧/٢) معجم مقاييس اللغة (٧/٥) طلبة الطلبة للسفي ص ١٢٤ .
- (٦) أي إذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته ، لأن ملك النكاح حتى المد فيكون الإستقاط إليه دون مولاه . انظر الهداية (٢٨٠/٣) ، البحر الرائق لابن نجيم (١٧٥/٤) ط المظيمة العلمية وجميع الأنهر (٧٧/١) .



مقدار ما يصدق فيه من أقر بمال عظيم

١٥٥٥١ - قال في الأصل^(١) : وإذا أقر بمال عظيم لم يصدق بأقل من مائتي درهم عند أبي يوسف^(٢) ومحمد^(٣) وروي عن أبي حنيفة^(٤) نحوه^(٥) .

١٥٥٥٢ - وذكر في المتن^(٦) في المال القليل أنه درهم^(٧) وذكر أيضاً في مال

(١) هو كتاب الأصل في الفروع للإمام المجتهد محمد بن الحسن الشيباني ، وهو المبسوط سماه به ، لأنه أول ما صنعه وأملأه على أصحابه ، رواه عنه أبو سليمان الجوزجاني والشيخ أبو حمص الكبير البخاري ، فإن محمداً جمع فيه طوائف من المسائل التي أفتى فيها الإمام أبو حنيفة ، وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد إن كان ثمة خلاف ، وما لم يذكر فيه خلاف فهو متفق عليه بينهم ، وهو يبدأ كل كتاب بما ورد فيه من الآثار التي صحت عندهم ، ثم بعد ذلك يذكر المسائل وأجوبتها ، وقد يذكر خلاف ابن أبي ليلى إن كان له خلاف . فالكتاب على هذه الصورة ، صورة صادقة للغة العراقي وآثاره ، لكنه خال من التصيل الفقهي في جملة ، شرح هذا الكتاب جماعة من المتأخرين مثل الشيخ حواهر زاده وسمى المبسوط الكبير وشمس الأئمة الحلواني . هذا الكتاب من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي ، وهذا الكتاب مطبوع اعتنى بتصحيح الكتاب والتعليق عليه الأستاذ أبو الوفاء الأصفهاني ، يقع في خمسة مجلدات . انظر كشف الظنون لحاسي خليفة (١٠٧/١) الفهرست لابن الدمج ص ٢٨٧ ، ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .

(٢) (٣ ، ٤) سبق ترجمته .

(٥) يرى صاحبان والإمام أبو حنيفة في المشهور أنه لو قال لفلان علي مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم ، وروي عن أبي حنيفة في رواية أخرى أن عليه عشرة دراهم . والأصح أن قول الإمام مني على حال المقر في الفقر والعنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم وأصعاف ذلك عند الغني ليس بمظم . انظر الهداية (١٨٠/٣) نتائج الأفكار (٣٢٨/٨) بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) اللباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) المبسوط (٩٨/١٨) ، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين (٤٥٠/٤) .

(٦) هو كتاب المتن في فروع الحنفية للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن أحمد بن عبد الله المتوفى شهيداً سنة ٣٣٤هـ . وهو نادر للذهب ، قال : نظرت في ٣٠٠ جزء مثل الأمالي والوارد ، حتى انقضت كتاب المتن . وقيل هو البتني باباء والغبين ولكن الصواب هو المتن ، هو في فروع المسائل ونزول الوقائع ولعمري من المصنعات منها الكافي ، وشرح الجامع وأصول الفقه وغيرها ، الظاهر أن كتاب المتن من التراث المنفرد حيث لم يحضر عليه بعد الرجوع إلى فهارس المكتبات ، والكتب المعاصرة ليدان الكتب المخطوطة أو المطبوعة انظر كشف الظنون (١٨٥١/٢) الفوائد البهية ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٧) ذكر في شرح الألفاظ مختصر القدوري ناقلاً عن المتن في المال القليل أنه درهم بظاهر حكم المادة انظر حاشية الشلبي على تبين الخفايا للربلي (٥/٥) .

لا قليل ولا كثير مائتي درهم ^(١) وهو إذا قال : مال عظيم من الدراهم ، فأما إذا لم يقل « من الدراهم » صدّق في أي جنس ذكر ، فإن كان مما يجب فيه الزكاة ^(٢) لم يصدق في أقل من نصاب ^(٣) ، وإن كان مما لا نصاب له صدق فيما يبلغ قيمة النصاب ^(٤) .

١٥٥٥٣ - وقال الشافعي : يصدق فيما يصح إذا قال مال ، ولو قال : مال عظيم ، أو حقير ، أو حليل ، فالمرجع في تفسير ذلك إلى قوله . ويقبل في كل واحد من ذلك ما يقبل في الآخر ^(٥) .

(١) نقل في كتاب الأجتناب عن نوادر هشام بن محمد أنه لو قال : لفلان علي مال لا قليل ولا كثير بلرمة مائتا درهم ، لأنه لما قال لا قليل لزمه الكثير ، ولئال كالكثير في الشرع مائتا درهم . انظر حاشية الشنبي على تبين الحقائق (٥/٥) اللباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) البناية في شرح الهداية للبارقي (٥٤٣/٥) .
(٢) الزكاة لغة : هي مصدر زكا يزكو زكاة ، وركاء على زبة فعلة كالصدقة . وإن زكاة هي الزيادة والسماء يقال زكا الزرع يزكو أي نما وزاد ، وهي الطهارة والصلاح والمدح أيضاً ، سميت الزكاة زكاة لأنه يركو بها المال بالركة ويظهر بها البراءة بالمغفرة ، وفي اشرح : القدر الذي فرضه الله تعالى ورسوله في الأموال ليدفع إلى الفقراء والمساكين وغيرهم . وتعريف ابن الهمام للزكاة أنها عبارة عن إيتاء جزء من النصاب الحولي إلى الفقير . انظر لسان العرب (١٨٤٩/٣) ، للمصباح المنير (٣٤٦/١) ، المعجم الوسيط (٣٩٨/١) ، طلبة الطلبة ص ٩١ ، فتح القدير (١١٢/٢) .

(٣) النصاب هو كل مال لا يجب فيما دونه الزكاة ، فنصاب الإبل خمسة فجب فيها شاة ، ونصاب البقر ثلاثون فجبها تبيع أو تيممة وهي النعم أربعون شاة فجب فيها شاة ، ونصاب الذهب عشرون مثقالاً فيها نصف مثقال من الذهب ، ونصاب الفضة مائتا درهم فجب خمسة دراهم وهكذا . انظر طلبة الطلبة ص ٩١ ، الهداية (٩٦/١ - ١٠٤) .
(٤) الحاصل أنه إذا ملك جنتين من أجناس الأموال الزكوية فالمنزاع ما يكون نصيباً في ذلك الجنس وفي غير مال الزكاة بقدر قيمة الزكاة راجع حاشية الشنبي على تبين الحقائق (٥/٥) ، حاشية أبي سعود على شرح الكنز للا مسكين (١٦٠/٣) ، نتائج الأفكار (٣٢٧/٨ - ٣٢٩) ، الهداية (١٨١/٣) ، مجمع الأبرار على معنى الأبرار (٢٩٠/٢) .

(٥) انظر الحارثي الكبير (١٣/٧) ، المذهب للشيرازي (٤٤٣/٢) ، الوجيز للغزالي (١٩٧/١) وحاشية قلوبوي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على مساهج الطالبين (٨/٣) ، معنى المحتاج (٢٤٨/٢) ، نهاية المحتاج (٨٦/٥) ، روضة الطالبين (٣٧٥/٤) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب لتركيب الأنصاري (٣٠١/٢) . وحكي وجه غريب في المذهب أن يحسب مال عظيم على ما يزيد مطلق المال ، ليكون لوصفه بالعظم فائدة . انظر روضة الطالبين (٣٧٥/٤) .
ولاحصل أن الشافعية لم يفرقوا بين مطلق المال ومال عظيم أو حقير ، وفسروا العظمة وبحوها من حيث لزم غاصبه وكفر مستحله وحملوا صفات الاحتقار أو القلة أو الخسيس على احتقار الناس إياه أو على أنه نافع ، فلو قال : مال عظيم أو حقير أو كثير أو كبير أو جليل أو خسيس أو نحوها لم يفسره بأقل متحول قبل بكل ما يصدق اسم المال عليه . وذهب المالكية في المذهب أن الشخص إذا أقر شخص بمال سواء قال : مال عظيم ، أم لا فإن المقر يلزمه للفرق له نصاب الزكاة على الأشهر ، وقبل يلزمه نصاب السرعة ، وعلي الأول فيلزمه أقل ما يسمى نصيباً من جسد مال المقر ، فيلزمه عشرون ديناراً إن كان من أهل الذهب ، ومائتا درهم إن كان من أهل الورق وخمس من أهل الإبل ، وثلاثون من -

١٥٥٥٤ - لما ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : « كان لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه » ^(٢) .

١٥٥٥٥ - فهذا يدل على أنه ما لا تقطع فيه تافه والتافه : ضد العظيم ^(٣) .

١٥٥٥٦ - [و] لأن كل ما لو فسر به النصاب لم يصدق ، فإذا فسر به المال العظيم لم يصدق . أصله : (الحمل على) ^(٤) الكلب الذي لا يساوي نصاباً ؛ ولأنه

= البقران كان من أهل البقر ، وأربعون من الضأن أو الماعز إن كان من أهل الضأن أو الماعز ، وخمسة أوسم من الحب إن كان من أهل الحرث . وفي المذهب المالكي آراء أخرى غير ذلك في المال العظيم ؛ فقال بعضهم : هو كما لو أقر بمال . وسكى الدسوقي في حاشيته حصة أقوال عن ابن الحاجب ، هي : ١ - نصاب الزكاة ، ٢ - نصاب السرعة ، ٣ - بلرم الزيادة على النصاب اللازم له في الفقراء بالمال المطلق الذي لم يفقد بعظيم ، ويرجع في تلك الزيادة لتفسيره . ٤ - ثلومه البدية . ٥ - يؤمر تفسيره وبلرمه ما فسر . ذكر الدسوقي أن المعتمد في المذهب هو نصاب الزكاة . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٥/٣) ، شرح الخريشي على مختصر خليل (٩٤/٦) ، وقال الحنبلي إذا أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره ، وإن قال مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال مال ، وهذا هو الراجح في المذهب وعليه الأصحاب ، وقال الشيخ تقي الدين : يرجع إلى عرف المتكلم فيحمل مطلق كلامه على أقل احتمالاته واختار ابن عثيل في مال عظيم أو خطير أنها صفة لا يجوز إناؤها . انظر لمخني مع الشرح الكبير لابن قدامة (٣١٥/٥) ، كشف القناع (٤٨٢/٦) ، الإنصاف للمرادوي (٢١١/١٢) . وسبب الخلاف أن الحنفية والمالكية يرون أنه لا بد من مقدار معين عدهم لصحة الإفراء ؛ فلا يجوز أن يتولى المقر تفسير ما أقر به ، بل هم يقدرونه بناء على العرف والشرع ، وأما الشافعية والحنبلية فيعطون للمقر فرصة البيان للمحمل .

(١) هي السيدة عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين زوج النبي ﷺ ، أمها أم رومان عامر بن عويمر الكنانية ، ولدت سنة أربع من العتة وتزوجها الرسول ﷺ قبل الهجرة بستين . وقبل ثلاث وهي بكر ، وكان عمرها ست سنين ، وقبل سبعة وبنى بها وهي بنت تسع سنين بالمدينة . وكأها الرسول ﷺ أم عبد الله بابي أختها أسماء بنت أبي بكر عبد الله بن الزبير ، وتوفي رسول الله ﷺ وعدها ثمانية عشر سنة ، وتوفيت سنة ست وخمسون من الهجرة ، وهي من أئمة الصحابة ولها في كتب السنة ٢٢١٠ حديثاً . انظر الإحصاء في تميز الصحابة لابن حجر العسقلاني (٣٩٥/٤) ، وبهامشه الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر الأندلسي (٣٥٦/٤) ، أسد الغابة في معرفة الصحابة لغز الدين بن الأثير (١٨٨/٦) ، والطبقات الكبرى لابن سعد (٥٨/٨) ، ووفيات الأعيان ابن خلكان (١٦/٣) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنعه . انظر المصنف في الأحاديث والآثار للإمام الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (٤٧٦ : ٤٧٧) .

(٣) وجه الدلالة من الحديث أن التافه قطع فيه ، ولا يدل على أن ما ليس بتافه تقطع فيه اليد كالعاصب والجاني

(٤) بين المكونتين وهو حرف الواو ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه عطفاً على الدليل الذي سبفه .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

مقدار ما يصدق فيه من أقر بمال عظيم ٣٩٩١/٧

فسر المال العظيم بقدر لا تجب به الزكاة منفرداً ، فلم يصدق أصله : إذا فسر به بالكلب ^(١) .

١٥٥٥٧ - ولأنه لو قلنا : إنه يُقبل تفسيره في الفلين والكثير ، ألغيا الصفة وحمنا قوله : مال ، وقوله مال عظيم أو كثير سواء ، والصفة لا يجوز إلغاؤها ، أصله إذا قل دراهم لا يصدق (في درهم ^(٢)) .

١٥٥٥٨ - ولا يلزم النفيس والخطير والكثير والمعلوم ، لأن هذه أسائل لا رواية فيها . وكان شيوحننا يقولون في النفيس والخطير لا يصدق في أقل من مائتي درهم ^(٣) .
١٥٥٥٩ - ولا يلزم إذا قال : مال حقير أو قليل أو كثير ، لأن ظاهر الصفة يقتضي أن يُقبل قوله إذا بين بأقل من درهم ^(٤) .

١٥٥٦٠ - ولو قال مالاً مطلقاً لم يصدق في أقل من درهم ^(٥) وقد جعلنا للوصف تأثيراً . ولأن قوله مال عظيم صفة يفهم منها زيادة القدر في العادة ، فلا يجوز إلغاؤها بقوله هو مال أو هو نصاب أو عقود أو عشرات .

١٥٥٦١ - واحتجوا : بأن كل ما لو فسر به المال قُبل ، فإذا فسر به المال العظيم قُبل كما لو فسر به بألف ^(٦) .

١٥٥٦٢ - قلنا : هذا يؤدي إلى إلغاء الصفة والتسوية بين ذكرها وقدها ، والصفة للموضوعة للكثير لا يجوز أن تلغىها وتجعل وجودها وعدمها سواء .

(١) المراد أنه لو أقر بنصاب لم يصدق في أقل منه ، فإذا فسر بكلب لم تصل قيمته إلى النصاب لم يصدق ، وكذلك هنا ، ولكن إذا بلغت قيمة الكلب إلى النصاب يُقبل تفسيره . حكى الزبلي عن الكاكي بأنه يُقبل تفسيره بالكلب ، وبه قال مالك والشافعية في وجه وأحمد في رواية ، جاء في نهاية المحتاج : ولو فسر ما لا يتحول لكنه من جنسه كحبة حنطة أو بما يحمل اقتناؤه ككلب معلم لحراسة أو حيد قبل تسميه في الأصح كما قاله الإمام الجوزي . انظر تبين الحقائق (٤/٥) ، نهاية المحتاج (٨٦/٥) ، كشف القناع (٤٨٠/٦ ، ٤٨١) .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) ولو قال : مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل كان يقول الشيخ الفرجاني يلزمه ما جاء ، والشيخ الفرجاني قد كان شيخ القندوري في الفقه . انظر حاشية شلبي على تبين الحقائق (٥/٥) .

(٤) انظر الميسوط (٩٨/١٨ ، ٩٩) ، نتائج الأفكار (٣٢٧/٨) ، الهداية (١٨٠/٣) .

(٥) وإذا قل على مال فالمرجع في بيانه إليه ، لأنه مجمل ، ويُقبل قوله في بيانه في القليل والكثير ، لأن اسم المال المطلق يطلق عليها فإنه اسم لما يتحول إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا بعد مالاً عرفاً . تنظر الهداية (١٨٠/٣) ، نتائج الأفكار (٣٢٨/٨) ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣٢٩/١) .

(٦) انظر هذا للمنى في حاشية البحر المحرم (٨١/٣) ، حاشية الشرقاوي (١٤١/٢) ، الحاوي الكبير (١٤١/٧) .

١٥٥٦٣ - ولأنه إذا فسر بالألف ^(١) فقد فسر بما تبلغه الصفة الزائدة ولأنه قدر يوصف بالتمول والعظم ، فجاز أن يكون تفسيراً لها و الدرهم صفة للتمول وليس يستعظم ، فجاز أن يفسر به المال ولا يفسر به العظم .

١٥٥٦٤ - بين هنا أنه [لو قال : « رأيت زيداً جاز أن يفسر بالقصير والطويل ^(٢)] ، فلو قال : « رأيت زيداً الطويل لم يفد تفسيره بالقصير ، كذلك هذا .
١٥٥٦٥ - قالوا : « لفظ مجمل ^(٣) فوجب أن يرجع في تفسيره إلى المجمل ، كالكلام من صاحب الشرع ^(٤) .

١٥٥٦٦ - قلنا : نحن نرجع في تفسيره إلى المفسر ، ويقبل إقراره في النصاب وما زاد وإلى ما لا نهاية له ، ولا يرجع إليه في بيان مقدار ما لا يفيد ظاهر كلامه ، كما أنه إذا فسر بما ليس متمولاً لم يقل قوله وإن كان هو المحمل .

١٥٥٦٧ - قالوا قوله مال مبهم ، وقوله عظيم مبهم ، لأنه لا يفيد معلوماً فقد وصف مبهماً بمبهم فكان الكل مبهماً كقوله : « مال معلوم ^(٥) .

١٥٥٦٨ - قلنا : قوله عظيم وإن كان مبهماً بمعنى أنه لا يفيد مقداراً بالوضع فهو غير مبهم في العظم والزيادة .

١٥٥٦٩ - فهو كقولنا : « دراهم حياد في أن الجودة مبهمة لأنها تتنوع وتختلف إلا أننا لا نلغيها ، بل نثبت أدناها ، كذلك هنا نثبت أدنى العظم ^(٦) وإن كان مبهماً .

١٥٥٧٠ - قالوا : قوله مال [مبهم ^(٧)] وقوله عظيم يحتمل العظمة في المقدار ، ويحتمل العظمة في الحلال والمعاقب والثواب ^(٨) .

(١) في نسختي (ع) ، (م) (الألف [انجلي بالألف واللام .

(٢) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انجلي ما له دلالة على أحد معنيين ، لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة إليه . قاله الآمدي ، وقال الحرجاني : ما خفي المراد فيه بحيث لا يدرك بنفس اللفظ إلا ببيان من المجمل . انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٠/٣) ، كتاب التصريفات ص ٢١٧ .

(٤) في (ع) ، (م) (كالكلام من صاحب الشريعة [. انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٤/٧) ، إرشاد المصنوع (١٣/٢) .

(٥) الخاوي الكبير (١٤/٧) .

(٦) أدنى العظم هنا : مقدار نصاب الركاة أو مقدار أقل المهر أو مقدار حد السرعة .

(٧) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (ص) .

(٨) انظر الحاوي الكبير (١٤/٧) ، وعبارته : « إن العظيم لا يتقيد في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف =

مقدار ما يصدق فيه من أقر بمال عظيم = ٣١٦٣/٧

١٥٥٧١ - قلنا : ظاهر الكلام^(١) أن العظيم صفة للمال ومتى حمل على ما قالوا صار صفة لغيره ، وهذا ترك لظاهرة .

١٥٥٧٢ - ألا ترى أنه لو قال رأيت رجلاً طويلاً لم يجز أن يحمل الطول على طول ثيابه أو رمحه أو طول باعه وامتداده بالمطاء ، لأن ذلك يجعل الطول صفة لغيره كذا هذا .

١٥٥٧٣ - قالوا : قال الشافعي : لو كان المرجع إلى المتعارف لوجب أن تفرق بين الخليفة والفقيه في هذا الإقرار .

١٥٥٧٤ - فإذا قال الخليفة عظيم ، لم يقبل فيه النصاب ، لأنه لا يستعظم هذا القدر في العادة^(٢) .

١٥٥٧٥ - قلنا : إذا كان النصاب أدني ما يستعظم من الأموال اعتبر صفته في نفسه ، ولم يعثر حال الواصف^(٣) .

= سداً ولا يختص من الأموال جنساً ولا قدراً ، لأنه يحتمل أن يراد به عظيم الجنس ، ويحمل أن يراد بالعظيم أنه حلال أو أنه موجب للثواب أو العقاب .

(١) هو وضح الكلام وهو اسم لكلام ظهر المراد منه للسمع بنفس الصيغة من غير تأمل ، ويكون محتملاً للتأويل والتخصيص . انظر أصول السرخسي (١٦٣/١ ، ١٦٤) ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، كشع الأسرار لسفي (٢٠٥/٢) ، التبرقات للجزائري ص ١٥٧ .

(٢) انظر الحاوي الكبير ١٤/٧ وعبارته : « لأن عظيم القدر قد يختلف عند الناس ، بسبب اختلاف يسارهم وإعسارهم ، فالخليفة يرى الألف عظيم القدر والفقيه يرى الدرهم عظيماً . ثم يختلف باختلاف سعة العوس ومهبتها ؛ فذو النفس الواسعة يرى الكثير قليلاً ، وذو النفس الضيقة يرى القليل كثيراً عظيماً ، ومع اختلاف الاستعمال له وتباين المراد به يضل أن يكون له حد أو يتناول من الأموال جنساً .

(٣) في المذهب الحنفي من يجعل لوصف الواصف اعتباراً كالسرخسي وغيره مع اعتبار حال الواصف من الفقر والغنى . انظر المبسوط (٩٨/١٨) ، رد المختار على الدر المختار (٤٥٠/٤)



مقدار ما يصدق فيه من أقر بدراهم كثيرة

١٥٥٧٦ - قال أبو حنيفة : إذا قال لفلان : علي دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة ^(١) ، و [قالا] ^(٢) : « مائتان » ^(٣) .

١٥٥٧٧ - وقال الشافعي : ثلاثة دراهم ^(٤) .

١٥٥٧٨ - لا : أن أكثر ما يتناوله اسم الدراهم فيما له عدد محصور عشرة ، وأقله

(١) انظر الهداية (١٨١/٣) ، بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، المسوط (٩٨/١٨) ، نتائج الأفكار (٣٢٩/٨) .

(٢) ما بين القوسين بدل من [قال] المثبتة في النسخ جميعها ، والموهمة نسبة رأيها إلى أبي حنيفة ، وهو رواية عنه ، نقلها ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن من أقر بدراهم كثيرة يلزمه مائتان ، ولكن المشهور في المذهب وهو ظاهر الرواية أنه قول الإمام أبي يوسف والإمام محمد كما في بدائع الصنائع ونتاج الأفكار وغيرهما ، وبناء على ما تقدم يتضح لنا أن الصحابين ورواية عن أبي حنيفة يرون أنه يلزمه مائتان لكن المشهور عن أبي حنيفة أنها عشرة .

(٣) رجه قول لإمام الله أنه جعل الكثرة صفة للدراهم ، وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم عشرة ، ألا ترى أنه إذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهماً واثنا عشر درهماً وهكذا . ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا نلزمه الريادة عليها . ولأن العشرة أقصى ما ينتهي إليه الجمع عند كونه مميزاً للعدد ، يقال عشرة دراهم ويقال أحد عشر درهماً ، والعدد إذا جاوز العشرة يصير مميزاً مفرقاً لا جمعاً ، تكون العشرة هي الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف إليه . ووجه قول الصحابين والإمام في رواية أن المقر به دراهم كثيرة ، وما دون المائتين في حد القلة ، ولهذا لم تجب فيما دون نصاب الزكاة . انظر فتح القدير

(٣٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، تبين الخفايا (٥/٥) ، تحفة الفقهاء (٣٢٥/٣) ، مجمع الأنهر

(٩٩١/٢) . وذهب مالك إلى أنه إن قال له : علي دراهم كثيرة لزمه أربعة ، لأنه أول مبادئ الكثرة بعد مطلق الجمع ، هذا هو المشهور في المذهب كما قال ابن عبد الحكم . وقيل : يلزمه تسعة دراهم لأن ذلك تضعيف لأقل الجمع ثلاث مرات ، وقيل يلزمه نصاب الزكاة ، وهذه الرواية توافق ما نقل عن الصحابين . انظر حاشية المنسوقي (٤٠٧/٣) ، كتاب مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل (٢٢٩/٥) ، بلغة السالك لأثرهم للمسالك للصارفي (١٩٢/٢) ، شرح الحرشي (٩٥/٦) .

(٤) انظر احوازي الكبير (١٦/٧) ، المهذب (٤٤٥/٢) ، التنبيه في الفقه الشافعي للشيرازي ص ٢٧٥ .

وعبارة الحارزي : « وسواء قال له : علي دراهم كثيرة أو عظيمة أو لم يقلها فهي ثلاثة ، أي ثلاثة دراهم » .

وبه قال الإمام أحمد ص حنبل . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٩٩/٥) ، كشف القناع (٤٨٦/٦) ،

الإيضاح (٢١٢/١٢) ، صبرة ابن قدامة وإن قال له علي دراهم كثيرة أو وامة أو عظيمة لزمه ثلاثة ، وقال المرادوي : يقلل تفسيرها بثلاثة فصاعداً . هذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

مقدار ما يصدق فيه من أقر بدراهم كثيرة = ٣١٦٥/٧

ثلاثة وما زاد على العشرة يقال : أحد عشر درهماً فمما وصف الدراهم بالكثرة وجب أن يلزمه أكثر ما يتناولوه هذا الاسم ولا يصدق فيما دونه ^(١) .

١٥٥٧٩ - فإن قيل : ما زاد على الثلاثة دراهم كثيرة والعشرة غايتها فلم ألزمتموه أعلي ^(٢) ما يتناوله اسم الكثرة .

١٥٥٨٠ - قلنا : هذا السؤال لا يتوجه لكم ؛ لأن الكثرة لغو عندكم وذكرها والسكوت عنها [سواء] ^(٣) والكلام في كيفية ما يفيد ، فصح على قول من جعل لها فائدة .

١٥٥٨١ - فأما على أصلنا فلأنه ذكر الكثرة في لفظ الجنس ، وجنس ما مسمى دراهم فيما له عدد محصور عشرة ^(٤) .

١٥٥٨٢ - ولأنه أقر بدراهم موصوفة بالكثرة فلم يصدق في أقل من عشرة . أصله : إذا قال فلان على دراهم (صدق في) ^(٥) أكثر ما يقع عليه اسم الدراهم . وما لا يتقدر به أقل المهر ^(٦) لا يصدق أو يعسر به الدراهم الكثيرة . أصله الدرهمان . ولأنه أقر

(١) انظر بدائع الصنائع (٢٢٠/٥) ، فتح القدير (٢٨٠/٧) . أجاب الشافعية والحاللة على هذا الدليل بأننا لا سلم ذلك ، بل نقول : يقبل تفسيره فيما زاد على أقل الجمع ، وإن قل فهو فسر بثلاثة دراهم وذاق قبل منه ، لكن لا يلزمه عشرة ، لأن الكثرة لا حد لها شرعاً ولا لغة ، ولا عرفاً . وتختلف بالإضافات وأحوال الناس ، فالثلاثة أكثر مما درهما وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير . ويحتمل أن للقر أراد كثرة بالنسبة إلى ما دونها أو كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال فإن الإقرار موضوع على إتمام البقن وإطراح الشك . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٩٩/٥) ، الحاوي (١٧/٧) . (٢) في (ع) ، (م) : [عليه] . (٣) ما بين المعكوفين ماقط من جميع السج . (٤) انظر بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، فتح القدير (٢٨٠/٧) . (٥) ما بين القوسين زيادة .

(٦) المهر في اللغة الصداق والجمع المهور ، وفي الاصطلاح اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج ، إما بالنسيئة أو بالعقد . انظر لسان العرب (٤٢٨٦/٦) ، المصباح المنير (٧١١/٢ ، ٧١٢) ، حاشية ابن عاتق (١٠٠/٣ ، ١١٠) . أجمع العلماء على أن المهر لا حد لأكثره ، واختلفوا في أقله هل هو مقدار أم لا . ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه مقدور ولكنهم اختلفوا في التقدير فقال الحنفية : إن أقله عشرة دراهم ، أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوز إلا أن يكون مائلاً ، وذهب المالكية إلى أن أقل المهر ربع دينار من ذهب أو ثلاثة دراهم من فضة ، وذهب الشافعية وأحمد وإسحاق وأبو ثور ونقهاء المدينة من التابعين أنه ليس لأقله حد كما لا حد لأكثره ، من كل ما جاز أن يكون نكاحاً أو أجرة ، جاز حمله صدقاً . استدلل الحنفية بحديث رسول الله ﷺ عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : لا مهر أقل من عشرة دراهم . إلا أنه ضعيف لا تقوم به الحجة . انظر نصب الرأية (١٩٦/٣ - ١٩٩) . واستدل الشافعية ومن معهم بما روى سهل بن سعد الساعدي قال : جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت إني جئت أحب نفسي ، فنظر إليها رسول الله ﷺ فنصعد النظر إليها =

بالدراهم ووصفها بصفة فلم يجز إلغاء الصفة كما لو قال له صحاح أو بيض^(١) .
١٥٥٨٣ - احتجوا بأنه ذكر قدرًا مبهمًا وضم إليه صفة مبهمه يحتمل كثرة في
النواب ، ويحتمل في العقاب^(٢) .

١٥٥٨٤ - قلنا : هذا يقتضي أن تكون الصفة لغير^(٣) الموصوف ، وقد أبطلا هذا
الكلام في المسألة الأولى .

١٥٥٨٥ - قالوا : العشرة غاية الكثرة ، والمقو يلزمه أقل ما يتناول الاسم .
١٥٥٨٦ - قلنا : العشرة عندنا أقل ما يتناول اسم الدراهم الكثيرة^(٤) وقد تكلمنا
على هذا السؤال

١٥٥٨٧ - قالوا : هلا حملتم الدراهم الكثيرة على المائتين كما حملتم في المال
العظيم .

١٥٥٨٨ - قلنا : من أصحابنا من قال : المال العظيم والدراهم الكثيرة عند أبي حنيفة
سواء ، كل واحد منهما يحمل على العشرة .

١٥٥٨٩ - قال أبوه الله : وقد كان الشيخ أبو عبد الله يروي عن أبي حنيفة أن المال

⁼ وصوبه ثم طأعنا رسول الله ﷺ رأسه ، فلما رأت المرأة أنه لم يقص فيها شيئاً جلست فقام رجل من أصحابه
فقال يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها . فقال رسول الله ﷺ وهل عندك شيء ؟ قال : لا والله
يا رسول الله ، فقال : اذهب إلى أهلِكَ فانظر هل تجد شيئاً ، فذهب ، ثم رجع فقال : لا والله ما وجدت شيئاً ،
فقال رسول الله ﷺ : التمس ولو خائفاً من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال رسول الله ﷺ : هن معتك
من القرآن شيء قال : نعم ، سورة كنا وسورة كذا ، فقال رسول الله ﷺ زوجتكما بما معتك من القرآن ، رواه
مسلم في صحيحه (٢١١/٩) وأبو داود في سننه (٣١٨/٣) والترمذي في جامعه (٤٢١/٣) والنسائي في
سننه (٦٨/٢) وابن ماجه في سننه (٦٠٨/١) ، والبيهقي في سننه الكبرى (٥٧/٧) . وهذا دليل على أنه لا حد
لأقله لأنه لو كان له حد لنبه الرسول ﷺ ؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة . انظر الهداية (٢٠٤/١) ،
الاختصار (٣٨/٣) ، حاشية الدسوقي (٢٩٤/٣) ، بداية الجهد (١٨/٢) ، (١٩) ، روضة الطالبين (٢٩٤/٧) ،
المنى (٢١٠/٧) .

(١) انظر هذا للمنى في المبسوط (٩٨/١٨) . (٢) انظر الحاوي الكبير (١٤/٧) .

(٣) لغيره بدل « لأمر » المثبتة في السخ جميعها .

(٤) قال المازدي في هذا المعنى أن « وصف الشيء بالكثرة والعظم لا يقتضي زيادة قدر محدود لما له من
الاحتمال والتجوز ، والإفراء موضوع على إلزام اليقين وأطراح الشك » وجاء في معنى المحتاج : قال
الشافعي رحمه الله : « أصل ما أبى عليه الإفراء أن ألزم اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل التلوه » . انظر الحاوي
الكبير (١٧/٧) ومعنى المحتاج (٢٤٨/٢) .

مقدار ما يصدق فيه من أقر بدراهم كثيرة ٣١٦٧/٧

العظيم مائتان^(١) والفرق^(٢) أن الدراهم تفيد العدد وكثيرة تفيد العدد [أيضًا]^(٣) لأن الكثرة لا تكون إلا بزيادة العدد [فاعتبرت الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عددًا ، فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد]^(٤) .

١٥٥٩٠ - والعظيم في الشرع [ما لم يرد به عيب]^(٥) فتجب الزكاة فيه بنفسه وتجب على^(٦) من تجب عليه الزكاة^(٧) .

• • •

(١) انظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٥/٥) .

(٢) في نسخة (ص) : [يظهر أنه لا فرق] وفي (ع) ، (ن) : [الفرق] لعل الصواب ما أثبتناه كما في حاشية الشلبي على التبيين (٥/٥) .

(٣) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) في (ع) ، (م) : [لم يرد] وفي (ص) : [لم ير] والصواب ما أثبتناه كما في حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٥/٥) . العظيم في الشرع ما يصير به غنيا ، هذا ما ذكره الشلبي في حاشيته على التبيين ، وما

جاء في التحريد : العظيم في الشرع ما لم يرد عيبا .

(٦) كلمة [على] ساقطة من جميع النسخ .

(٧) انظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٥/٥) .



مقدار ما يصدق من أقر بمائة ودرهم وما شابه ذلك

١٥٥٩١ - قال أصحابنا : إذا قال له علي مائة و ^(١) درهم فالجميع دراهم ^(٢)
فكذلك إن قال مائة و ^(٣) دينار ^(٤) وكذلك مائة وشاة [كان الجميع شياه ^(٥)]
استحساناً ^(٦) .

١٥٥٩٢ - ذكر في الأصل ^(٧) ، عن أبي يوسف إذا قال عشرة وثوب كانت كلها
ثياباً وذكر في المتنقى ولو قال : علي عشرة وعبد أنه يرجع في تفسير العشرة إليه ^(٨) .

(١) حرف الواو ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر تبين الحقائق (٨/٥) ، نتائج الأفكار (٣٣٨/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، البناية على
الهداية (٥٥٢/٧) ، المبسوط (٩٩/١٨) ، متن القدروري ص ٤٤ ، عبارته : وإن قال له على مائة ودرهم
فلأكثر كلها دراهم .

(٣) انظر بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، تبين الحقائق (٨/٥) .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) الاستحسان لغة : عد الشيء حسناً . ويطلق أيضاً على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وإن كان ذلك مستحباً
عدد غيره . انظر لسان العرب (٨٧٩/٢) التعريفات للبرجاني ص ١٣ . وفي الاصطلاح هو اسم للدليل يمرض
القياس الجلي فإنهم سموه بهذا الاسم ، لاستحسانهم ترك القياس بدليل آخر فوقه ، وذلك قد يكون نصاً أو
إحساساً أو ضرورة أو قياساً خفياً ، وعرفه السرخسي بأنه : ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس . وقيل : هو
طلب السهولة في الأحكام فيما ينبت في الخاص والعام . وحاصله أنه ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين . قال
الله تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ من الآية (١٨٥) من سورة البقرة . هذا وقد كثر
فيه الخلاف والمداخلة ومشأ ذلك عدم تحديد مقصود الاستحسان ، فالقاتلون به وهم الخفية وأصحاب مالك
وقد هاجم الشافعي الأخذ به بقوله في رسالته : « من استحسن فقد شرع » ومراده أن من أثبت حكماً
بالاستحسان من غير دليل من الشارع فهو الشارع لذلك الحكم وعنده أن الاستحسان إتيان الحكم بالشبهة
من غير دليل شرعي . ولا شك في أن الاستحسان إذا انصرف إلى القول بما يستحسنه الإنسان ويشبهه من غير
دليل فهو باطل بالاتفاق ولا يقول به أحد ، وإن كان هو المدلول على دليل أقوى منه فيكون من شرع
الله ولا ينكره أحد . انظر كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للمسفي (٢٩١/٢) ، (٢٩٢) ، المبسوط
(١٤٥/١٠) ، حاشية العطار على جمع الجوامع (٣٩٥/٢) ط دار الكتب العلمية بيروت ، مختصر ابن
الحاجب (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) ، البحر المحيط للزركشي (٩٥/٦) ، الرسالة للشافعي ص ٢٠٢ .

(٧) انصر المبسوط (٩٩/١٨) .

(٨) حاصل الخلاف بين الحنفية أنه إن قال له علي مائة ودرهم كانت كلها دراهم ، وكذا قوله مائة ودرهم أو =

مقدار ما يصدف من أقر بمائة ودرهم وما شابه ذلك ٣١٩٩/٧

١٥٥٩٣ - وقال الشافعي : في جميع ذلك يرجع في تفسير المطوف عليه إلى قوله ^(١) .

١٥٥٩٤ - قالوا : والمذهب ^(٢) إذا قال مائة وخمسون درهماً أن المجمع دراهم وكذلك إذا قال عشرة وثلاثة دراهم ^(٣) .

= مائة وثلاثة دراهم اتفقا وكذلك المكيلات والموزونات أي كل ما ثبت في الزمة ، وإن قال : له علي مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة إلى المقر وكذلك مائة وثوبان ، هنا ظاهر الرواية . وروى ابن سماعه عن أبي يوسف قوله في مائة وثوب أنه يلزمه مائة ثوب وثوب وكذلك مائة وشاة ، والرجع في المذهب هو الأخذ بظاهر الرواية . انظر نتائج الأملكار (٣٢٩/٨ ، ٣٤٠) ، الميسوط (٩٩/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(١) انظر الحارثي الكبير (١٨/٧) ، المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٢ ، ٢٥٠) . وصورة هذه المسألة : أنه إذا قال له علي مائة درهم ودرهم فكل ذلك دراهم إجماعاً ، وإذا قال له علي مائة وله علي درهم ف يرجع إليه في تفسير المائة إجماعاً لإيهامها ، ولا يكون الدرهم المطوف عليها تفسيراً لها ، وإذا قال له علي مائة ودرهم احتلف العلماء فذهب الشافعية إلى أنه يرجع إليه في تفسير المائة لإيهامها ، ولا يكون للمعطف بالدرهم تفسيراً لها . وبه قال المالكية ، حيث قالوا : إذا قال فلان على ألف ودرهم أو له ألف ودرهم ، أو ألف وثوب وسحو ذلك وأبهم في الألف فإنه يقبل تفسير الألف لأي شيء ذكره سواء فسره بألف دينار أو درهم أو ثوب أو حمار ، ولا يكون المطوف مفسراً للمعطف عليه . وأما الحنابلة فقد ذهب بعضهم مذهب الحنفية حيث قالوا : إن قال علي ألف ودرهم أو مائة ودرهم أو مائة وثوب ، فالجمل من جنس المفسر . وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة وألف ثوب وعشرين . وهذا قول القاضي من الحنابلة وابن حامد وأبو ثور ، وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير الجمل إليه ، لأن الشيء بمعطف على غير جنسه . قال الله تعالى : ﴿ يَتَّبِعُونَ بِأُفْهُهُنَّ لُزْمَةَ كُنْهُنَّ وَتَشْتَرْنَ بِهُنَّ سَوَادَ الْبُقَرَاءِ مِنَ الْآلَةِ ﴾ (٢٣٤) ، ولأن الألف مبهم ف يرجع في تفسيره إلى اللزوم ، كما لو لم يعطف عليها ، انظر حاشية الدسوقي (٤٠٥/٣) ، الذخيرة للقرافي (٢٧٨/٩) ، الحارثي الكبير (١٨/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٧/٥) ، كشف القناع (٤٨٢/٦) ، الإنصاف (٢١٦/١٢) . (٢) حيث يقول المذهب أو على المذهب يقصد به الرجوع في حكاية المذهب أي يكون هناك أكثر من طريق في نقل المذهب كان يحكي بعضهم في المسألة قولين أو وجهين ثم تقدم ويقطع بعضهم بأحدهما . انظر تحفة المحتاج (٥١/١ ، ٥٢) ، نهاية المحتاج (٤٩/١) ، مجموعة سبعة كتب مفيدة ص ٤٦ .

(٣) وإن قال علي مائة وخمسون درهماً ففيه وجهان عند الشامية ، أحدهما : أنه يلزمه خمسون درهماً ويرجع في تفسير المائة إليه كما قلنا في قوله ألف ودرهم ، الثاني : وهو الصحيح أنه يلزمه مائة وخمسون درهماً . الفرق بينهما وبين قوله ألف ودرهم أن الدرهم المطوف على الألف لم يذكر للتفسير وإنما ذكر للإيجاب ، ولهذا يجب به زيادة على الألف والدرهم المذكورة بعد الخمسين ذكرها للتفسير ، ولهذا لا يجب به زيادة على الخمسين فاجمل تفسيراً لما تقدم ، ويقاس على قوله مائة وخمسون درهماً وثلاثة دراهم أن ههنا الرجوعين المتضمنين . انظر نهاية المحتاج (٩١/٥) ، حاشية الطهري وعميرة (٩/٣) ، روضة الطالبين (٣٧٧/٤) ، المهذب (٤٤٦/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣٤٠/٢٠) .

١٥٥٩٥ - وقال الإصطخري^(١) ابن خيران^(٢) أن الخمسين دراهم وكذلك الثلاث ويرجع إليه في بيان الباقي^(٣).

١٥٥٩٦ - لنا : أن حرف العطف يقتضي تساوي الشيعين [كما يقتضيه]^(٤) حرف التشية . هذا ظاهر الكلام / فوجب أن يحمل عليه إلا أن يمنع مانع .^(٥)
١٥٥٩٧ - و [لا] يلزم ما إذا قال مائة وعبد ، لأن العبد لا يثبت في الذمة بنفسه^(٦).

١٥٥٩٨ - وقوله عليّ مائة يقتضي ثبوتها في الذمة فجعل في اللفظ ما يقتضي التغاير فخالف بينهما للدلالة^(٧).

(١) هو أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى الإصطخري أحد أئمة الفقه الشافعي ، ولد عم ٢٤٤هـ ، والإصطخري منسوب إلى الإصطخر البلدة المعروفة ببلاد فارس ، وكان أبو سعيد قاصداً لقم أشهر المدن العلمية في إيران ، ولي الحسبة في بغداد وكان ورعاً وزاهداً في الدنيا وهو من أصحاب الوجه في المذهب ، قال الإستي : كان أبو سعيد وابن سريج شيخي الشافعية بغداد . ومن مؤلفاته أدب القضاء ، وكتاب القرائن الكبير وكتاب الشروط والوثائق والمحاضرات والسجلات وغيرها ، توفي الشيخ أبو سعيد يوم الجمعة ١٢ جمادى الآخر سنة ٣٢٨هـ ببغداد ودفن بباب الحرب . انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ١٩٣/٢ ، البداية والنهاية (١٩٣/١) ، شذرات الذهب (٣١٢/٢) ، تاريخ بغداد (٢٦٨/٧) ، تهذيب الأسماء واللغات (٢٣٧/٢) .

(٢) في (ص) : [ابن خيران] ، وفي (ع) : [زين خيران] ، وفي (م) : [دين خيران] . والمصواب : ابن خيران بفتح الحاء المعجمة وسكون الياء وفتح الراء ، هو أبو علي الحسين بن صالح بن خيران من كبار أئمة الشافعية ببغداد بعد ابن سريج ، كان ورعاً متقشفاً ، عرض عليه القضاء فأباه ، وكان يعيب على ابن سريج ولايته القضاء ، توفي يوم الثلاثاء ثلاث عشر بقيت من ذي الحجة عام ٣٢٠هـ . انظر طبقات الشافعية الكبرى (٢١٣/٢) ، تاريخ بغداد (٥٣/٨) ، وفيات الأعيان (٤٦١/١) ، شذرات الذهب (٢٨٧/٢) ، المعبر (١٠/٢) .
(٣) جاء في روضة الطالبين : ولو قال خمسة عشر درهماً فكلها دراهم ، ولو قال خمسة وعشرون درهماً فكلها دراهم على الصحيح ، وقال ابن خيران والإصطخري : المشرون دراهم والخمسة محملة ، وعلى هذا الخلاف قوله مائة وخمسون وثلاثة عشر . انظر روضة الطالبين للنووي (٣٧٧/٤) ، لتهذيب الشريزي (٤٦٦/٢) ، التكملة الثانية للمصبر (٣٤٠/٢٠) .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) الدرهم والدنانير والمكبل والموزون في جميع المعاملات حالة أو موجلة تثبت في الذمة ، أما الثياب فلا تثبت في الذمة دئماً إلا في السلم ، والشفة ونحوها كالمدينة لا تثبت دئماً في الذمة أصلاً ، وكذلك الدار . انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) ، المجموع (١٠٠/١٨) .

(٧) انظر نتائج الأفكار (٣٣٩/٨) .

مقدار ما يصبق من أقر بمائة درهم وما شابه ذلك ٣١٧١/٧

١٥٥٩٩ - ولأنه أقر بقدر من جنسه ثبت في الذمة بنفسه عطفاً على عدد مهم ، فكان الجميع من جنسه . أصله إذا قال : لفلان علي مائة درهم [ر] ^(١) درهم رعمرا .

١٥٦٠٠ - ولا يلزم إذا قال : مائة وعبد لأن العبد ليس بقدر ، ولأنه لا يثبت في الذمة بنفسه ، ولأنه أقر بجمعتين عطف إحداهما على الأخرى ، أحدهما من جنس الدراهم فوجب أن يكون الميهم من جنسها أصله إذا قال : ثلاث دراهم ودينار .

١٥٦٠١ - ولأنه عطف جملة معلومة تتقدر بنفسها ، والجنس على جملة مبهمة فوجب أن يكون الجميع من جنسها . أصله إذا قال : مائة وخمسون درهماً ، ولا يلزم إذا قال : مائة وثوب ، لأن ثوباً لا يدل على القدر بنفسه ^(٢) .

١٥٦٠٢ - وقد قال أصحابنا إنه لو قال مائة وثوبان [اثنان] ^(٣) كان الجميع من الثياب ولأنه ذكر العدد الدال على المقدار .

١٥٦٠٣ - فإن قيل ^(٤) : الأصل غير مسلم .

١٥٦٠٤ - قلنا : خلاف الإصطخري لا ينقض الإجماع ^(٥) وقد أجمع المسلمون ^(٦) على أن من باع ثوباً بمائة وخمسين درهماً حاز . ولولا أن الجميع من

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر المبسوط (١٠٠/١٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) في (ص) : [قالوا] : لعل الصواب « فإن قيل » كما في (ع) ، (م) .

(٥) في (ص) ، (ع) : [لا ينعقد على الإجماع] ، وفي (م) : [لا ينعقد عن الإجماع] وقد أبهنا به : « ولا ينقض » .

(٦) الإجماع لفة يطلق على معنيين أحدهما : الزم على الشيء والتصميم عليه كأنه جمع نفسه عليه والأمر مجمع ، ومنه قوله تعالى : ﴿ تَأْتِيهِمْ أَمْرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ ﴾ الآية (٧١) من سورة يونس . وفي الحديث . « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » أخرجه الترمذي في سننه عن حفصة مرفوعاً . (١١٧/٢) . وفي باب ما جاء لا صيام لمن لم يحرّم من الليل ، والنسائي في سننه في باب البية في الصيام (١٩٨ ، ١٩٧/٤) . والثاني : الاتفاق ، يقال أجمع القوم على كذا أي اتفقوا ، وصاروا ذوي جمع كما يقال : ألين وأتسر إذا صار دا لين وذا ثمر . انظر لسان العرب (٦٨١/١) ، القاموس المحيط (١٥/٣) ، المصباح المنير (١٣٢/١) وفي الاصطلاح عرفه القاضي البيضاوي بأنه . اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور وجاء في إرشاد المنحول أنه اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على أمر من الأمور . انظر منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي المتوفى سنة ٦٨٥ هـ ، إرشاد الفحول (٢٨٦) . وينتبه هذا التحريف الأخير بذكر بعد وفاته ﷺ إذ لا ينعقد الإجماع في حياته ، وذكر في عصر من العصور حتى يحرر ما يترجم ما »

الدراهم لم تصح^(١) .

١٥٩٠٥ - فإن قيل : قوله : [مائة وخمسون درهماً]^(٢) ذكر التفسير فاقضى كون المفسر من جنس الدراهم^(٣) .

١٥٩٠٦ - قلنا : غلط لأن درهما لا يفسر المائة ، لأنه لا يفسر من الأعداد إلا أحد عشر وتسعة وتسعين ، وما سوى ذلك إضافة وليس بتفسير^(٤) فقوله : درهماً تفسير للخمسين وهي معطوفة على المائة فصارت من جنسها^(٥) .

١٥٩٠٧ - احتجوا : بأن العرب تعطف جنسها على جنس وجنسها على غيره فتقول : رأيت زيداً وعمراً ، ورجلاً وحملاً فجاز أن يكون العطف من جنس الأول ، وجاز أن يكون من غير جنسه . وتحرير هذا : أنه مسوق على غيره فوجب أن لا يكون^(٦) تفسيراً للمعطوف عليه كقوله مائة ودار^(٧) .

١٥٩٠٨ - الجواب : ما بينا أن عطف الجملة على الجملة يقتضي تساويهما في الظاهر كما تقتضي التثنية ؛ فقوله (عليّ مائة) مبتدأ ، وقوله (ودرهم) معطوف على

= أن المراد بالمجتهدين جميع مجتهدى الأمة في جميع الأعصار إلى يوم اقامة فإنه يؤدي إلى عدم ثبوت الإجماع .

(١) قال ابن المرد في كتابه الإجماع : وأجمعوا على من باع معطوفاً من السلع حاضراً معلوماً من النسخ قد أحاط البائع والمشتري بالسلمة معرفة البيع جائز . انظر كتاب الإجماع ص ٥٥ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) ما بين المكوفين سلقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر معني المحتاج (٢٤٩/٢ ، ٢٥٠) .

(٤) وللمائة عدد معروف وهي من الأسماء الموصوف بها ، حكى سيويه : مررت برجل مائة إليه ، والجمع مئات ومئون على وزن معون ، ويقول العرب مائة درهم مضاف ومضاف إليه . انظر لسان العرب (٤١٢٤/٦) ، المبسوط (١٠٠/١٨) .

(٥) لأن المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة المضاف مع المضاف إليه إذ كل منهما للتصريف ، ثم المضاف يجعل ترفيقاً للمضاف إليه إذا كان صالحاً له ، فكذلك المعطوف يجعل ترفيقاً للمعطوف عليه إذا كان صالحاً له - والصلاحيّة موجودة في المكيالات والمورونات ، لأنها تثبت في الذمة في جميع المعاملات حالاً ومؤجلاً ويجوز الاستعراض فيها ولعموم البلىرى جعلنا المعطف فيها تفسيراً . انظر المبسوط (١٠٠/١٨) ، بدفع الصائع (٢٢٢/٧) .

(٦) في (ع) ، (م) : [لا وجب أن يكون] وذلك مخالف لمذهب الشافعي والصحيح ما اقتضاه كما في (ص) . للمذهب (٤٤٦/٢) .

(٧) انظر هذا الدليل في المذهب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، وعبارته لأن العطف لا يقتضي أن يكون المعطوف من جنس المعطوف عليه ، لأنه قد يعطف الشيء على غير جنسه ، ألا ترى أنه يجوز أن تقول رأيت رجلاً وحملاً ، كما يجوز أن تقول رأيت رجلاً ورجلاً .

مقدار ما يصدق من ألف مائة ودرهم وما شابه ذلك ٣١٧٣/٧

المقدار مرتفعة بالابتداء ، وقوله (علي) خبر مقدم على المتند ، هذا ظاهر الكلام ، وغيره معدول به عن الظاهر ، فلا اعتبار به والمعنى في الأصل أن الدار لا تثبت في الذمة بنفسها ، وقوله (علي مائة) يقتضي ثبوت عدد في الذمة ، فلما عطف عليه ما يخالفه في حكمه دل ذلك على التغاير ، وهذا لا يوجد في قوله : [مائة]^(١) ودرهم .

١٥٦٠٩ - ومعنى قولنا : أنه ثبت في الذمة بنفسه أنه ثبت بإطلاق العقد وبالإستهلاك ثبوتاً صحيحاً . ولهذا قلنا : في مائة وشاة أنها من الشياه ، ولأن الشاة تثبت^(٢) بالإطلاق في الكباح^(٣) .

١٥٦١٠ - فإن قيل : المستهلكات كلها تثبت في الذمة عند أبي حنيفة .

١٥٦١١ - قلنا : لا تثبت ثبوتاً صحيحاً ، لأن المطلق لا يتعلق بما لا مثل له^(٤) .

١٥٦١٢ - قالوا : قولكم إن علي يقتضي ثبوت المائة في ذمته^(٥) .

١٥٦١٣ - قلنا : لا نسلم ، لأن عندنا إذا قال : لفلان علي [مائة ثم أحضر مائة فقال : هي هذه ، وهي وديعة عندي ، قبل قوله ، علمنا بأننا قد اتفقنا أنه لو قال لفلان علي^(٦) ألف ثم قال : كانت وديعة عندي فهلكت لم يقبل قوله .

١٥٦١٤ - وهذا يدل [علي]^(٧) أن الإقرار يقتضي الثبوت في الذمة وما ادعيتموه مذمباً لكم لا توافقكم عليه ولا يضرننا^(٨) .

١٥٦١٥ - فإن قيل : لو قال له علي مائة وسكت^(٩) ، ووقف ثم قال : هي إثبات قبل قوله [فلو كان]^(١٠) إطلاق قوله علي يقتضي ما ثبت في الذمة بنفسه لم يصح

(١) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ص) : [يطلق] والصراب ما أئنتاه كما في (ع) ، (م) .

(٣) انظر هذا المعنى في بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، المبسوط (١٠٠/١٨) .

(٤) انظر المرجعين السابقين .

(٥) انظر اسماوي (٦١/٧) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٧) وعبارته : « ركن الإقرار نوعان : صريح ودلالة . فالصريح نحو أن يقول : لفلان علي ألف درهم لأن كلمة (علي) كلمة إيجاب لفة وشرعاً . قال الله تعالى : ﴿ وَبَدَّلْ عَلَى آبَائِهِمْ جَهَنَّمَ ﴾ [التوبة : ٢٤] » من الآية (٩٧) سورة آل عمران .

(٦) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) انظر هذا المعنى في صحيح القدير (٣١٢/٧) ، (٣٥٠) .

(٩) في (ع) ، (م) : [وقف وسكت] .

(١٠) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

هذا التفسير .

١٥٦١٦ - قلنا : إذا قال عليّ مائة وسكت لم يصدق إلا أن ^(١) يفسر بما ثبت في الذمة بنفسه .

١٥٦١٧ - قالوا : كل من أقر جملة ووصلها بصلة [لم يحز أن يلزمه بصلة] ^(١) زيادة لما يلزمه ^(٢) . فإن لزمه بها زيادة لم يكن تفسيراً كقوله مائة وثوب ، وإن لم تلزمه بها زيادة لم يكن تفسيراً ^(٣) .

١٥٦١٨ - قلنا : ليس بتفسير عندنا ؛ فقد بينا أن التفسير [عندنا] ^(٤) لا يكون في أكثر من تسعة وتسعين ، وإنما هو عطف على موضع مسلم .

١٥٦١٩ - قالوا : الصلة إذا وقع بها للتفسير بجملة خالفت الجملة في إعرابها كقوله عشرون درهماً و ألف درهم ، وإذا وافقتها في إعرابها لم يكن تفسيراً لها كقوله ألف درهم ^(١) .

١٥٦٢٠ - قلنا : قد بينا أنها اسم مُعْطَفٌ على اسم وليست بتفسير . و قولهم في ألف درهم أنه تفسير غلط ، وإنما هو إضافة ولا يكون التفسير إلا في العدد الذي بيناه من أحد عشر إلى تسعة وتسعين فضيلة وزائدة ، والمضاف والمضاف إليه كالثيء الواحد ^(٢) .

(١) في نسخة (ع) أنه .

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (٢) ، (٢) .

(٣) في (ع) ، (م) : [لا يلزمه] .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاشية (١٨/٧) ، الدخيلة للقرافي (٢٧٨/٩) .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر الكت ورقة ٣٠٦ (ع) في هذا المعنى في أثناء الجواب على أدلة الحنفية .

(٧) انظر المبسوط (١٨/١٠٠) .



الإقرار بالمظروف يقتضي الإقرار بالظرف كالثوب في المنديل

- ١٥٦٦١ - قال أصحابنا : إذا قال غصب ثوباً في منديل لزمه جميعاً^(١) ولو قال : ثوباً في عشرة أثواب لزمه أحد عشر ثوباً عند محمد^(٢) وهو الصحيح^(٣) .
- ١٥٦٦٢ - وقال الشافعي : إذا قال ثوباً في منديل أو ثوباً في جراب ، فالوعاء للمقر^(٤) ولو قال له : السفينة بطعامها والديابة بسرجهما لزمه^(٥) .

(١) انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٢/٨) ، فتح القدير (٣١٩/٧) ، بدائع الصانع (٢٢١/٧) . وبه قال سحنون من المالكية وهو وجه عند الحنابلة . انظر التبصرة (٥٥/٢) ، والتج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠١ ، ٣٠٠/٥) .

(٢) عدد أبي حنيفة وأبي يوسف لا يبرمه إلا ثوب واحد لأن حرف (في) يستعمل في اليين والوسط أيضاً ، فقال الله تعالى : ﴿ قَاتِلْ فِي سَبِيلِي ﴾ الآية (٢٩) من سورة الفجر . أبي يرب عبادي ، فوقع الشك في المراد بحرف (في) ، وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد والأصل براءة الذمة . انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٢/٨ ، ٣٤٣) ، بدائع الصانع (٢٢١/٧) .

(٣) التراجع في المذهب هو ما ذهب إليه الإمام محمد بن الحسن ، لأن النخس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ، حيث جعلها ظرفاً للثوب واحد فأشبه الإقرار بثوب في منديل أو في ثوب وقد أسكن العمل بالمخيفة فلا يصار إلى الجواز . انظر فتح القدير (٣١٩/٧) ، تبين الحقائق (١٠/٥) ، البدائع (٢٢١/٧) .

(٤) منظر كتاب الأم للشافعي (٢٤٥/٣) ، الحلبي الكبير (٢٥٥/٧) ، حاشية قليوبي وغيره (١٠/٣) ، مني المحتج (٢٥١/٢) . وبه قال ابن عبد الحكم من المالكية ، وهو المشهور عندهم وهو المذهب عند الحنابلة . انظر التاج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠١ ، ٣٠٠/٥) . وتخصيلاً لذلك قال المالكية : لو قال له عندي ثوب في صندوق وزيت في جرة لزمه بالمظروف . وفي لزوم ظرفه قرآن : إذا كان لصندوق يستقل بدون ظرفه كالثوب لا يظرف ، وأما إن كان لا يستقل بدون ظرفه كالثوب فإن الطرف يبرم تبعاً للمظروف ، فقال ابن شاتن : إن قال عندي زيت في جرة كان مقراً بالزيت والظرف ، ولو قال ثوب في صندوق أو في منديل فقال إن عند الحكم يكون مقراً بالثوب دون الوعاء وهو المشهور ، وقال سحنون يبرمه الوعاء أيضاً . انظر حاشية الدروري (٤٠٩/٣) ، التاج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، الذخيرة (٢٧٩/٩) ، ٢٨٠ . وعدد الحنابلة إن قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق فيه وجهان : أحدهما : يكون مقراً بالمظروف دون الطرف ، هذا احتياطاً من حاشد النفاصي وأصحابه ، لأن إقراره لم يتناول الطرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر ظم لبرمه ، الثاني : يبرمه الجميع لأنه ذكر ذلك في سياق الإقرار ويصلح أن يكون مقراً به لبرمه ، وقد نقل صاحب الإصناف الوجهين أيضاً وقال إن المذهب أنه يقرر بالمظروف دون الطرف . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٠١ ، ٣٠٠/٥) ، كشاف القناع (٤٨٦/٩) ، الإصناف (٢٣٣/٢) .

(٥) انظر النكلة الثانية للمجموع (٣٢١/٢٠) ، وفي الشامل [ولو قال دابة بسرجهما كان مقراً بالسرج ونحوه]

١٥٦٢٣ - لما : أنه وصف المديبل بأنه ظرف للثوب حال الغصب [وهذا يقتضي إيقاع الفعل فيهما فدخلنا في ضمانه ، ولأن المديبل ظرف له حال الغصب] ^(١) نصار كما لو قال : ثوبًا في مديبل غصسته ^(٢) .

١٥٦٢٤ - ولأنه أقر بإيقاع الغصب فيما هو ملفوف في غيره فلزمه ردهما ، كما لو قال غصبت ثوبًا بلغافة .

١٥٦٢٥ - ولا يلزم إذا قال : غصبت درهما في درهم أو في قفيز لأن هذه الأشياء لا تكون ظروفًا .

١٥٦٢٦ - ولا يلزم إذا قال : [بعث] ^(٣) زعفرانًا في سلة ، لأن التعليل وقع للغصب والإيقاع الفعل . والفرق بينهما من طريق المعنى : أن البيع طريقه الإقرار حميز بعض الشيء ، والغصب فعل فلا يمكن إيقاعه في ثوب ملفوف دون الظرف .

١٥٦٢٧ - ولا يلزم إذا قال دابة في إصطبل ^(٤) لأنه يقر بغصب الإصطبل والمعار لا يضمن بالغصب ^(٥) .

١٥٦٢٨ - احتجوا : بأنه أقر بشيء في ظرفه فوجب أن لا يكون مقرًا بطرفه ، كقوله دابة في إصطبل ونحلة في بستان .

١٥٦٢٩ - قلنا : إيقاع الفعل لا يمكن في الثوب الملفوف إلا بعد إيقاع الفعل في ظرفه فوجب ضمانه . ^(٦) ويمكن إيقاع الفعل في الدابة دون موضعها فلم يدخل في

= قال له عندي سفينة بعلامها كان مقرًا بهما ، لأن الباء تعلق الثاني على الأول [. وبه قال الخفية في باب أولى والخاتمة بلا خلاف . انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) ، معني المحتاج (٢٥٢/٢) ، للمعنى مع الشرح الكبير (٣٠٢/٥) .

(١) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) ، ويوجد بهامش نسخة (ص) .

(٢) انظر نتائج الأفكار (٣٤٢/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) .

(٣) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) الإصطبل بكسر الهمزة أصحجي معرب وهو بيت الحيل ونحوها . والجمع إصطبلات . انظر الصباح للشر (٢١/١) ، لسان العرب (٨٨/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٩/٣) .

(٥) من أقر بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما . لأن الغصب المرجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما . وعده محمد يضمن الدابة والإصطبل لأن محمدًا يرى غصب المعار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الإقرار . انظر نتائج الأفكار (٢٤١/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) ، الهداية (١٨٣/٣) .

(٦) في (ع) ، (م) : [فدخل في ضمانه] .

الإقرار بالطرف يقتضي الإقرار بالطرف كالتوب في المبدل
ضمائنه ^(١) .

١٥٦٣ - قالوا : الممسر يلزمه ما صرح به . وإن كان مبهمًا رُجع في تفسيره إليه .
وقوله توب في مبدل مبهم ، لأنه يحتمل أن يكون مبدلًا له ويحتمل (أن يكون
لغيره) ، ^(٢) فلم يلزمه المبدل بالشك ^(٣) .

١٥٦٤ - قتنا : هذا يطل إذا قال دابة بسرجهها ، لأن الدابة قد تكون مملوكها
ويكون [السرج] لغيره ومع ذلك يلزم المقر الدابة والسرج ، وكذلك إذا قال : توب
بلفافة ^(٤) .

-
- (١) انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) .
(٢) في (ع) ، (م) : [ويحتمل له] .
(٣) انظر هذا المعنى في معنى المحتاج (٢٥١/٢) .
(٤) ما بين المكروهين ساقط من (ع) ، (م) .
(٥) مذهب الشافعي في ذلك : لو قال عندي دابة مع سرجها إنه إقرار بهما فيلزمه جميعًا . انظر الحاوي
الكبير (٢٥٧/٧) . ورغم ذلك فإنهم يقولون يلزم الدابة مع سرجها والسفينة بقطعها ، ولا يقولون يلزم
التوب مع المبدل . الأصل في ذلك أن من أقر بشيئين أحدهما طرف للآخر فَمَا أن يذكرهما بكلمة (في) أو
بكلمة (من) فإن كان الأول كقولهم : غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي وعاء النمر ، أو ثوبا في مبدل
لزمه لأن غصب الشيء هو مطروف لا يمتحق بدون الطرف . وإن كان الثاني : كقولهم : تمرا من قوصرة
وثوبا من مبدل لم يلزم إلا انطروف لأن كلمة (من) للاختراع فيكون إقرارًا بغصب المزدوج ، لا يلزمه الثاني
لأنه غير صالح أن يكون طرفًا لما أقر بغصبه . انظر نتائج الأفكار (٣٤١/٨) .



الاستثناء مما أقر به

١٥٦٣٢ - قال أصحابنا : إذا أقر واستثنى ^(١) من جنس ^(٢) المقر به حاز ^(٣) . وإن استثنى من غير جنسه ، فإن كان استثنى ما لا يثبت في الذمة بنفسه لم يصح ^(٤) . وإن استثنى ما يثبت في الذمة من غير جنسه جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ^(٥) .

(١) الاستثناء لغة : هو استفعال من شيء لثبوتها من الكف والرد ، والاستثناء والنية رد الشيء بعضه على بعض . وفي الاستعمال عرفه نضر الدين الرزاري أنه : ما يدخل في الكلام لإخراج بعضه بنفسه ولا يستقل بنفسه . وعرفه الخرجاني بأنه : إخراج الشيء من الشيء بأداة لولاها لوجب دخوله فيه . وأدواته من الخروب : « إلا » ومن الأسماء : « غير وسوى » ومن الأفعال : « ليس ولا يكون وعدا وعلا للمقرونات » . وما اتفق على أن يكون حرماً واحتل في أنه هل يكون فضلاً حاشا . ومن مجموع الحرف والاسم « لا سيما » . انظر المصباح المنير (١١٨/١) ، لسان العرب (٥١٧/١) ، للمبرج للمطرزي ، ٧١ ، التعريفات ، ٣٩ ، الاستثناء في الاستثناء للقرافي تحقيق محمد عبد القادر عطا (٢١/١٤) ، دار الكتب العلمية بيروت . من ١٤ - ٢٩ . (٢) كقولہ : علي ألف درهم إلا درهم ، فيلزمه تسعئة وتسعة درهما . انظر الهداية (١٨٤/٣) ، الاختيار (١٧٧/٢) ، وتبيين الحقائق (١٣/٥ - ١٤) ، وحاشية الشلي عليه . (٣) إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه فهو على ثلاثة أوجه :

١ - استثناء القليل من الكثير نحو أن يقول : على عشرة دراهم إلا ثلاثة دراهم ، ولا خلاف في جوازه ، ويلزمه سبعة دراهم .

٢ - استثناء الكثير من القليل بأن قال : لفلان على تسعة دراهم إلا عشرة جاز في ظاهر الرواية ، ويلزمه درهم ، وردي عن أبي يوسف أنه لا يصح ، وعليه العشرة ، والصحيح أنه يجوز لكنه غير مستحسن عند أهل اللغة .

٣ - استثناء الكل من الكل بأن يقول : لفلان على عشرة دراهم إلا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة كاملة لأنه ليس باستثناء بل إبطال الكلام ورجوع عن الإفراج فلا يجوز ، فيلزمه العشرة . انظر بدائع الصنائع (٢١٠/٧) ، المبسوط (٨٧/١٨) .

(٤) الاستثناء من غير جنسه إما أن يكون مما يثبت ديناً في الذمة وإما أن يكون مما لا يثبت ديناً في الذمة وأما أن يكون مما لا يثبت ديناً في الذمة وأما أن يكون مما لا يثبت ديناً في الذمة وأما أن يكون مما لا يثبت ديناً في الذمة . فإن قال : له على عشرة دراهم إلا ثوباً لزمه الدرهم العشرة ، ومثله الشاة والذئب لأنها ليست بشئ أصلاً أي لا ذاتاً ولا وصفاً . انظر نتائج الأكمكار (٣٥٦/٨) ، وبدائع الصنائع (٢١٠/٧) .

(٥) إن كان المستثنى ما لا يثبت ديناً في الذمة مطلقاً من المكمل أو الوزن أو المعدي المتقارب بأن قال : نعلان على مائة درهم إلا ديناراً أو ديناراً إلا مائة جورة يصح الاستثناء عند الشيوخ ^(٦) . ويطرح مما أقر به فنزيلة المستثنى استحساناً ، وفي القياس لا يصح هذا الاستثناء . وهو قول محمد وررر من الحنفية . وبه قال الحنابلة . وذهب الإمامان مالك والشافعي إلى صحة الاستثناء من غير الجنس مطلقاً ، جاء في =

١٥٦٣٣ - وقال محمد رحمته : لا يجوز الاستثناء من غير الجنس ^(١) .

١٥٦٣٤ - وقال الشافعي رحمته : يجوز استثناء غير الجنس الموجب في جميع الاستثناء ويخرج من الجملة المستثنى ^(٢) .

١٥٦٣٥ - لنا : أن الاستثناء يُخرج من الكلام ما لولاه لدخل فيه ، وهذا لا يوجد في غير الجنس فإن أئزومونا أئزم ما لم يثبت في الذمة ^(٣) .

١٥٦٣٦ - قلنا : هذا أصل من الأصول يجب استعماله إلا أن يجمع مانع [كالعموم فلا يناقض ولأنه استثناء ما لا يثبت في الذمة بنفسه مما يثبت في الذمة] ^(٤) فصار كما لو قال ألف إلا كلب .

١٥٦٣٧ - احتجوا : بأن الاستثناء من غير الجنس ورد به الشرع واللغة ، قال الله تعالى : ﴿ سَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۖ إِلَّا إِبْرَاهِيمَ ۖ ﴾ ^(٥) وقال ﴿ لَا يَسْمَعُونَ رِيًّا لِمَا لَا يَأْتِيهِمْ ۖ إِلَّا يَهْكُ سَلْطًا سَلْطًا ۖ ﴾ ^(٦) .

= حاشية الدسوقي وصح الاستثناء بغير الجنس ، كائن من الدراهم إلا عبداً ، وسقطت من الألف قيمته ولمرمة ما بقي ، والإقرار صحيح . ولو قال : له عدي عبد إلا ثوباً طرحت قيمة الثوب من قيمة العبد . وفي قوله : له عدي ألف درهم إلا عشرة ، طرح صرفها منه فإن استغرقت القيمة للمقار به بطل الاستثناء ، وهو استثناء الكل من الكل . انظر حاشية الدسوقي (٤١١/٣) ، التاج والإكليل هامش مواهب الجليل (٢٣١/٥) ، الذخيرة (٢٩٩/٩) . وقال الماوردي : لا يختلف أصحابنا في أن الاستثناء في الإقرار يصح من حصه أو من غير حصه بشرط أن لا يستغرق . فإن قال : له علي ألف درهم إلا ثوباً يكون ثوب قيمته دون ألف حتى لا يستغرق ، فإن فسر ثوب قيمته ألف بطل التصريح فإنه ألف . انظر الحاروي الكبير (١٩/٧) وفيه المحتاج (٢٥٨/٢) . وقال ابن قدامة في المعني : من أقر بشيء واستثنى من غير حصه كان استثناءه باطلاً ، إلا أن يستثنى عينا من ورق أو ورقاً من عين . انظر للمعني مع الشرح الكبير (٢٧٧/٥) وكشاف القناع (١٦٨/٦) - (٤٦٩) والإنصاف (١٧٧/١٢) .

(١) انظر بدائع الصنائع (٢١٠/٧) ، والمبسوط (٨٧/١٨) .

(٢) انظر المذهب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، الحاروي (١٩/٧) ، معني المحتاج (٢٥٨/٢) . وعارة الشريفي : « يصح الاستثناء من غير الجنس بألف إلا ثوباً وبين ثوب قيمته دون ألف حتى لا يستغرق . وهو الراسخ .

(٣) انظر الأتكاك (٣٥٤/٨) والهداية (١٨٤/٣) .

(٤) ما بين الموقوفين ساقط من (ع) و (م) .

(٥) سورة الحجر : الآية ٣٠ ، ٣١ . وتكملتها ﴿ إِنَّ كَذِبَكَ نَجَّ أَكْثَرُ النَّاسِ ۖ ﴾ .

(٦) سورة الواقعة : الآية ٢٥ ، ٢٦ . وجه الدلالة من الآيات : أن الله تعالى استثنى إبليس من الملائكة في الأولى وليس منهم ، واستثنى سلاتنا من اللفر في الثانية وهو غير حصه فدل ذلك على جوارحه من غير الجنس . انظر هذا الدليل مع وجه الدلالة في المذهب (٤٤٦/٢) والحاروي الكبير (١٩/٧) ومعني =

١٥٦٣٨ - وقالوا^(١) :

وتَلَدَتْ لَيْسَ بِهَا أَنْسَى إِلَّا الْبَغَائِيزُ وَالْأَ عَيْسَى^(٢)

١٥٦٣٩ - وقال النابغة^(٣) :

وَقَفْتُ بِهَا أَصِيلًا أَتَائِلُهَا أَغْنَتْ خَوَاتِمًا وَمَا بِالزُّنُجِ مِنْ أَحَدٍ
إِلَّا أَوَّلِي لَأَيُّهَا مَا أَبَيْتُهَا وَالزُّنُجُ كَالْحَوْضِ بِالْمَظْلُومَةِ الْحَلْدِ^(٤)

= (الاحتاج (٢٥٨/٢) .

(١) هذا البيت قصعة من الرجز لعمار بن الحارث ، وهذه رواية السحاة وهي غير واردة في ديوانه . الشاهد هو استثناء الشيء من غير جسمه حيث إنه استثنى البغائير والعيس من الأنس ، وإن لم يكن منهم . وهو استثناء منقطع عنه الذي يقوم مقام الأنس البغائير والعيس ، البغائير جمع بغور وهو ولد الظبية أو ولد البقرة الوحشية ، وقيل تبوس الغطاء ، والعيس الإبل البيض الذي يختلط بياضها شيء من الشقرة ويقال هي كرام الإبل ، وواحدها عيس ، والأنثى عيساء . انظر ذلك كتاب سيبويه (٣٢٢/٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢) ، النظم المستعذب في شرح غريب المذهب ل محمد بن أحمد الركني ببذل المذهب (٤٤٧/٢) .

(٢) انظر هذا الشعر كدليل عند الشافعية في الحاوي الكبير (١٩/٧) ومعنى الاحتاج (٢٥٨/٢) والمذهب (٤٤٧/٢) . (٣) هو النابغة الذبياني ، أبو أمامة زياد بن معاوية بن صباب الذبياني المصطفي المصري ، شاعر جاهلي من الطبقة الأولى من أهل الحجاز ، مات قبل الهجرة نحو سنة ٦٠٥ ميلادية ، كانت تصرب له قة من جلد أحمر يسوق عكاظ فتقصده الشعراء تعرض عليه أشعارها وكان الأعشى وحسان والخنساء يعرض شعرهم على النابغة وكان أبو عمرو وابن الملاء يفضلانه على سائر الشعراء وهو أحد الأشراف في الجاهلية ، له شعر كثير جمع بعضه في ديوان صغير . انظر الأعلام (٥٥/٣) ومعجم المؤلفين (١٨٨/٤) .

(٤) هذان البيتان من قصيدة الدالية للذبياني التي يعدونها من المعلقات ومطلعا :

يا دار مجة بالعلياء فالسند أثرت وطال عليها سالف الأمد

ومعنى : (وقتت بها أصيلا) : أنه مر بالدار عشيا قصيرا فوقف فيها وسألها عن أهلها ترحما وتذكرا ، وأصيلا تعصير أصيل وهو المعنى ، وإنما صغره ليدل على قصر الوقت ، وأنه لشدة حره وتوجهه لم يمه صبر الوقت وقصره من الوقت بالدار والسؤال عن أهلها . وقوله : (أبيت جوابا) : أي أبيت بالجواب فلم تجبني وليس بها أحد بكلمتي ، وقوله : (الربع) مزل القوم وكأنه سمي بذلك لإقامتهم فيه زس الربع ، (الأورى) : محابس الخيل ومرابطها واحده أرى ، (الوي) حاجز من القراب حول الخلاء فلا بدخله السيل ، (المظلومة) : الأرض التي لم تطهر فنجاعها السيل فملأها ، (الجلد) : الأرض الصلبة ، يقول : ليس في الدار شيء إلا محابس الخيل قد خفي أثرها فلا أبيتها إلا بعد جهد ، الشاهد أنه استثنى الأورى من أهل القرية وليست من جنسها . انظر ديوان النابغة الذبياني تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ط دار المعارف (١٥/١٤) ، كتاب سيبويه لابن قير (٣٢١/٢) ، وأوضح المسالك إلى كلفة ابن مالك (٢٦٣/٢) ، وشرح الأشموني على ألفية ابن مالك (٤٣٥/٢) .

- ١٥٦٤٠ - قلنا : هذا كلام لا تعرفه لغة العرب في الاستثناء وإنما سمي الاستثناء المتقطع ، وتكون بمعنى لغته . فأما أهل الحجاز فيقولون : إنه ليس باستثناء والقرآن ^(١) بلعظم نزل ، ولهذا قال : إلا إلباس بالنصب ، وقال : سلاماً ^(٢) ولم يملوا ، لأن البدل ^(٣) لا يكون إلا من الجنس .
- ١٥٦٤١ - فأما بنو تميم [فيقولون] ^(٤) فإنها وجدت علاقة أبـدلت ورفعت ^(٥) .
- ١٥٦٤٢ - حكى سيبويه ^(٦) عنهم : لا أحد فيها إلا حمار واحد ^(٧) لا يقع إلا على من يعقل ، إلا أنهم قالوا : معناه ليس فيها شيء إلا حمار .

- (١) القرآن مصدر بمعنى القراءة وفي الاصطلاح : كلام الله تعالى المجزئ المنزل على الرسول ﷺ بواسطة جبريل الأمين المكتوب في المصاحف المنقول إليها نقلاً متواتراً المتصد بتلاوته المبدوء بسورة الفاتحة المحترم بسورة الباس . انظر إرشاد الفحول (١٤١/١) ، دراسات حول القرآن والسنة للذكور شعبان إسماعيل ١٧ ، ١٨ ، طبع مكتبة النهضة المصرية .
- (٢) البدل هو العوض ، وفي الاصطلاح : التابع المقصود بالحكم بلا واسطة . انظر أوضح المسالك (٣٩٩/٣) والشرقيات ص ٥٨ .
- (٣) التحقيق في ذلك إن كان الكلام ثامناً ، فإن كان موجباً وجب نصب المشتق نحو : ﴿ فَتَرْجِيئُ بَشْءَ إِلَّا نَجِلاً يُنْجِيهِمْ ﴾ من سورة البقرة : الآية رقم (٢٤٩) . وإن كان الكلام غير موجب فإن كان الاستثناء متصلاً فالأرجح اتباع المشتق للمشتق منه ، بدل عد البصريين وعطف نسق عد الكوفيين ، قال البصريون : الاسم الواقع بعد إلا بعد كلام تام منفي إذا أتبع ما قبله فهو بدل بعض من كل . وقال الكوفيون : إن (إلا) حرف عطف بمنزلة لا المعاطفة التي تعطى لما بعدها ضد حكم ما قبلها ، والاسم الذي بعدها مملوف عطف نسق إلا على الاسم الذي قبلها . وإن كان الاستثناء منقطعاً فإن لم يكن نسيط العامل على المشتق وجب النصب اتفاقاً ، نحو : ما نفع زيد إلا ما ضره إذ لا يقابل نفع الضر . وإن أمكن تسليطه فالحجازيون يوجبون النصب وعليه قراءة السبعة في قوله تعالى : ﴿ مَا كُنْمْ يَدَ يَنْ يَلْمُ إِلَّا يَنْخُطُّ ﴾ من الآية (١٥٧) سورة النساء . وقيم ترجمته وتغير الإتيان كقوله : وبلده ليس بها أنيس إلا الجافير ولا العيس . انظر أوضح المسالك (٢٦١/٢) ، شرح الأشموني (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) .
- (٤) هرازم التبعة أبو بشر عمرو بن عثمان بن قنبر ، وهو فارسي الأصل المعروف بسيبويه ، ولد بالبصرة نحو عام ١٣٨ هـ ويقال إن مولده ومسقط رأسه كان بالأهواز لم هاجر أمه إلى البصرة ونشأ بها ، وتوفي على الأرجح سنة ١٨٠ هـ . من تأليفاته : الكتاب أو كتاب سيبويه وهو من أجل ما ألف في هذا الشأن ، شيوخه : حماد بن سلمة ، والحليل بن أحمد ، ويونس بن حبيب البصري ، أما تلاميذه : فقد كان لسبويه تلاميذ كثيرون أبرزهم : الأعمش وطرب البصري . انظر سير أعلام النبلاء (٣٥١/٨) ونباه الرواة على أنباء الرواة للنفطي تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم (٣٤٦/٢ - ٣٦٠) طدار الفكر العربي بالقاهرة ، المبر (٢١٥/١) ، مرة الحفان (٤٤٥/١) ، شذرات الذهب (٢٥٢/١) ، بنية الرواة (٢٢٩/٢) ، البداية (١٧٦/١٠) .
- (٥) انظر كتاب سيبويه (٣١٩/٢) تحقيق وشرح عبد السلام هارون ، وأوضح المسالك (٢٦١/٢ ، ٢٦٢) شرح الأشموني (٤٤٠/٢ ، ٤٤١) .

- ١٥٦٤٣ - وقولهم : مالي غياث إلا السيف ^(١) . وأشدت بنو تميم قول السابعة .
- ١٥٦٤٤ - وقالوا : معاه ما بالربع من شيء إلا أوارى . وقوله : وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير أنش ذلك المكان . ثم اتفق أهل الحجاز وبنو تميم ^(٢) على أنه ههنا منقطع لا يصح فيه البديل ^(٣) .
- ١٥٦٤٥ - فأبو حنيفة عمل على لغة بني تميم أنه ههنا منقطع ، لا يصح فيه البديل . وجوز استثناء ما ثبت في الذمة .
- ١٥٦٤٦ - [ومتى قلنا] ^(٤) : جعل هذا الاستثناء علاقة ، ومشابهة ، ولم يعمل على لغة أهل الحجاز حتى ثبت في الإقرار المتيقن ^(٥) ما أمكن ، ثم لم يكن بد من بقية شيء ، لا يصح أن يجعل [مستثنى] ^(٦) ويكون منقطعاً ، لأن هذا باب باتفاق اللغويين / ومتى قلنا ^(٧) بقول الشافعي لم يبق في الكلام منقطعاً بوجه ، وهذا خلاف أهل اللغة .
- ١٥٦٤٧ - قالوا : استثناء لا يرفع الجملة فوجب أن يصح ، أصله إذا كان من جنسه ^(٨) .
- ١٥٦٤٨ - قلنا : نحن لا نسلم أن هذا استثناء ، لأن الخلاف في هذا واقع ^(٩) .
- ١٥٦٤٩ - ولأن الاستثناء من الجنس يجوز أن يكون بدلاً ومتى كان من غير الجنس لم يصح أن يكون بدلاً فلم يحز استثناءه ^(١٠) .

• • •

(١) هكذا في جميع النسخ والصراب : (مالي عذاب إلا سيف) كما في كتاب سيره (٢٢٠/٢)

(٢) في (ع) ، (م) : [اتفقوا على أهل الحجاز وبنو تميم] .

(٣) انظر الكتاب (٣٢١/٢) ، شرح الأشموني (٤٤١/٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢) .

(٤) ما بين المكوئين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ع) ، (م) : [المنفي] .

(٦) ما بين المكوئين ساقط من (ع) ، (م)

(٧) انظر المهدب (٤٤٦/٢) .

(٨) انظر هذا الخلاف شرح الأشموني (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢ ، ٢٦٢)

(٩) بقول اللادري : ولأن الاستثناء إذا رجع إلى جملة صار المراد بها ما بقي بعد المستثنى منها فلم يقع الفرق بين أن يكون ما عدا المراد جنساً أو غير جنس . انظر الحارثي الكبير (٢٠/٧) .



الإقرار بكذا كذا درهمًا ، كذا وكذا درهمًا

- ١٥٦٥٠ - قال أصحابنا : إذا قال لفلان علي كذا كذا درهمًا لزمه أحد عشر [درهمًا] ^(١) . وإن قال : كذا وكذا درهمًا لزمه أحد وعشرون درهمًا .
- ١٥٦٥١ - وقال الشافعي : يلزمه درهم ^(٢) . وفي كذا وكذا ^(٣) نقل المزني ^(٤) عنه درهمان . قال المزني : وقال في موضع آخر : درهم واحد ^(٥) .

(١) كذا اسم مبهم والكاف للتشبيه وذا اسم إشارة ، تقول فعلت كذا وقد تجري مجرى كم فتصعب ما بعده على التمييز . وتقول : عندي كذا وكذا درهمًا ، وجاء في جمع الهوامع كذا اسم مركب من كاف التشبيه وذا اسم إشارة وهو بعد التركيب كناية عن عدد مبهم كحكم الخبرية لكن يفارقه في أنها ليس لها الصدر ، تقول قضيت كذا وكذا درهمًا . انظر لسان العرب (٣٨٤١/٥) ، النظم للمستنبد في شرح غريب المذهب (٤٤٥/٢ ، ٤٤٦) ، جمع الهوامع شرح جمع الجوامع في علم العربية للسيوطي ط ١٢٢٧هـ على نفقة محمد أمين وشركاه بمصر والأستانة (٧٦/٢) .

(٢) انظر بدائع الصائغ (٢٢٢/٧) ، مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الراري المحض (٢٢١/٤) ، الهداية (١٨١/٣) ، الباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) ، تبيين الحقائق (٦/٥) ، الجوهرة النيرة مختصر القدوري (٢٥٠/١) ، المبسوط (٩٨/١٨) . وبه قال الإمام مالك : جاء في حاشية الدسوقي ولزمه في كذا وكذا بالمطاف أحد وعشرون لأن المطوف في العدد من إحدى وعشرين إلى تسعة وتسعين فيلزمه المحقق وهو مبدؤها . وفي كذا كذا بلا عطف أحد عشر ، لأنه المحقق إذ العدد المركب من أحد عشر إلى تسعة عشر فيلني المشكوك انظر حاشية الدسوقي (٤٠٦/٣ ، ٤٠٧) ، المحرشي (٩٤/٦) .

(٣) أي في كذا كذا بلا عطف يلزمه درهم وبه قال الخبابة . انظر الحاوي الكبير (٢٧/٧) والفتي مع الشرح الكبير (٣١٨/٥) والإنصاف (٢١٤/١٢) .

(٤) هو أن يقول : علي كذا وكذا فهذا إقرار بشيئين لدخول ولو المطاف بينهما . قال الشافعي هذا يلزمه درهمان . وحكى المزني عنه أنه قال في موضع آخر أنه يلزمه درهم واحد . انظر مختصر المزني مع كتاب الأزم (١٢/٢) ، معيحتاج (٢٤٩/٢) ، الوجيز (١٩٨/١) ، روضة الطالبين (٣٧٦/٤ ، ٣٧٧) ، المذهب للمبشيري (٤٤٥/٢) ، الحاوي الكبير (٢٧/٧) . وقال الخبابة في كذا وكذا درهم بالرفع يلزمه درهم واحد ، لأنه ذكر شيئين ثم أبطل منهما درهمًا فصار كأنه قال : درهمان درهم وإن قال درهمًا بالتصعب ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي واختاره ابن عياد وهو المذهب ، والثاني : يلزمه درهم وهو اختيار أبي الحسن النخعي ، والثالث : يلزمه أكثر من درهم . انظر الفتاوى مع الشرح الكبير (٣١٨/٥ - ٢٢٠) ، الشرح الكبير مع المعنى (٣٤١/٥ - ٣٤٤) ، الإنصاف (٢١٤/١٢ ، ٢١٥) .

(٥) هو الإمام أبو إبراهيم إسحاق بن يحيى بن إسحاق بن عمرو بن مسلم المزني المصري الشافعي فقه مجتهد .

١٥٦٥٢ - واختلف أصحابه فمنهم من قال : فيها قولان ، ومنهم من قال يلزمه درهم قولاً واحداً . والذي قال درهم إذا نوى ^(١) .

١٥٦٥٣ - ومنهم من قال : منصوص الشافعي ^(٢) في الإقرار أنه إذا قال : كذا وكذا : درهماً [بالنصب يلزمه درهماً] ^(٣) وإن قال كذا وكذا درهم بالرفع يلزمه درهم واحد ^(٤) .

١٥٦٥٤ - لنا : أن قوله كذا ^(٥) عبارة غير عدد ، فإذا قال كذا فهي جملة

صاحب الشافعي حدث عنه ، ولد سنة ١٢٥ هـ . وكان زاهداً ورعاً قائماً ، من مصنفاته الجامع الكبير والجامع الصغير والمختصر والمسائل المعبرة والترغيب في العلم وغيرها ، توفي ~~توفي~~ سنة شهر رمضان سنة ٢٦٤ هـ ، والمرني نسبة إلى مزنة قبيلة مشهورة في مصر . انظر طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٢٣٨/١) ، المهرست ٣١٢ ، وفيات الأعيان (١٩٦/١) ، طبقات الفقهاء للشيрази ص ٩٧ ، شذرات الذهب (١٤٨/٢) ، معجم المؤلفين (٢٩٩/٢) .

(١) قال الإمام المرني إن المسألة على قولين ، أحدهما : يلزمه درهماً لأن كذا وكذا شيئاً ، فأوجب تفسيرهما بالدرهم أن يكونا درهمين . وانتقل الثاني : هو اختيار المرني يلزمه درهم واحد ، لأن كذا يقع على أي شيء من درهم فيصير شيئاً درهماً . الحواوي الكبير (٢٧/٧ ، ٢٨) ، مختصر المرني مع كتاب الأم (١١٢/٢) . وانظر الحواوي (٢٨/٧) .

(٢) منصوص الشافعي ~~توفي~~ عليه : هو ما نص عليه في أحد كتبه لكن في مقابله وجه ضعيف أو قول مغرر ، وسمي نصاً لأنه مرفوع إلى الإمام من نصبت الحديث إذا رفعته . انظر تحفة المحتاج (٤٨/١) ، نهاية المحتاج (٥٠/١) .

(٣) ما بين المكونين ساقط من جميع النسخ ، وإن السياق يقتضيه ، فإنه مذكور في المذهب للشيрази ٤٤٥/٢ .

(٤) وقد نص الشافعي على ذلك . انظر المذهب للشيрази (٤٤٥/٢) ، الحواوي الكبير (٢٨/٧) .

(٥) أقوال العلماء فيمن قال لعلان على كذا درهم : عند الحنفية لو قال المقر على كذا درهماً يلزمه درهم ، وبالحنفى يلزمه مائة درهم . وعند المالكية : بالنصب يلزمه عشرون لأن العدد غير مركب من عشرين إلى تسعين إذا عيّر بالواحد المنسوب فيلزمه المحقق وهو أقله ، ويلحق المشكوك فإن رفعه أو وقف بسكون الميم يلزمه درهم واحد ، لأنه المحقق ، لأنه بدل أو بيان لكنا ، أو غير من مبتدأ محذوف . ولو خفضه يلزمه مائة . ولو جمعه يلزمه ثلاثة دراهم ، وهذا إن كان المقر نحوياً ولا طلب منه التفسير ، لأن الرفع ليس جازياً على قانون اللغة المعصية . ولذا قال سحنون : لا أعرف هذا بل يؤول تفسيره . وعند الشافعية : فإن قال له على كذا رجع في التفسير إليه لأنه مبهم ، كما لو قال : له على شيء . وإن قال له على كذا درهم بالنصب والرفع والخفض والوقف يلزمه درهم واحد ، لأنه فسر إليهم بالدرهم . وعند الحابلة : في حالة النصب والرفع يلزمه درهم ، وفي حالة الجر والوقف يلزمه جزء الدرهم . وقال القاضي يلزمه في جميع الحالات درهم واحد ، وإن قال الميؤى للمؤلف : له على كذا يرجع في التفسير إليه ، لأنه أقر بجهلهم ، فنصار كما لو قال له على شيء . انظر الهداية (١٨١/٣) ، نتائج الأفكار (٣٣٣/٨) ، حاشية الدسوقي (٤٠٦/٣) ، الذخيرة (٢٩١/٩) ، المذهب (٤٤٥/٢) ، مفتي المحتاج (٤٤٨/٧) ، الحواوي الكبير (٢٦/٧) ، المنى مع الشرح الكبير (٣١٨/٥) .

رتبها على جملة من غير عطف ، وفسرها بقوله درهما ، وأقل ذلك أحد عشر درهما ، وأكثره تسعة عشر [درهما] ^(١) وإذا قال كذا وكذا ، فقد ذكر جملتين عطف إحداهما على الأخرى براو المطف ، فإذا فسره بلزهم فأقله أحد وعشرون درهما ^(٢) وأكثره تسعة وتسعون [درهما] ^(٣) فثبت النص المتيقن ^(٤) فهذا ترتيب صحيح ^(٥) .

١٥٦٥٥ - ذكره ابن كيسان ^(٦) وذكره أبو سعيد ^(٧) في الإقناع ^(٨) وفرع عليه .

١٥٦٥٦ - وقال أبو علي ^(٩) : هذا قياس حسن ولكن العرب لم تتكلم

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ والسيق يقتضيه .

(٣) في (ع) ، (م) : [النص] .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، الهداية (١٨١/١) ، نتائج الأكمار (٣٣٢/٨) ، حاشية الشلبي (٦/٥) .

(٥) هو أبو الحسن محمد بن أحمد بن كيسان البغدادي الحواري صاحب التصانيف في الفرائد والغريب منها كتاب غريب الحديث وكتاب البرهان وكتاب الحقائق وكتاب الوقف والأجاء وكتاب الفرائد وكتاب مختصر النحو وكتاب معاني القرآن وغيرها من الكتب ، توفي في ذي القعدة سنة ٢٩٩ هـ ، وقال ابن مجاهد : كان ابن كيسان أنقى من الشيخين الميرد وثلث ؟ انظر العر (٤٣٧/١) ، البداية والنهاية (١١٢/١) ، شذرات الذهب (٢٣٢/٢) ، الفهرست ص ١٢٠ .

(٦) هو أبو سعيد الحسن بن عبد الله بن الرزبان السمرقاني الحواري المعروف بالقاضي ، سكن بغداد وتولى القضاء بها وكان أبوه مجوسياً فأسلم وسماه عبد الله ، ولد عام ٢٨٤ هـ وكان رأساً في النحو بصيراً بمذهب الإمام أبي حنيفة ، قرأ القرآن على ابن مجاهد وأخذ اللغة عن ابن دريد ، والنحو عن ابن السراج ، وكان ورعاً يأكل من الشئ . وقد شرح كتاب سيويه ، ولكنه لم يكمله ثم كمله ابنه يوسف ، وله كتاب ألفات القطع والوصل ، وكتاب أخبار النحويين البصريين ، وكتاب الإغناء في النحو ، وكتاب جزيرة العرب ، وغيرها . توفي يوم الاثنين في رجب ببغداد سنة ٣٦٨ هـ . انظر البداية والنهاية (٢٩٤/١) ، العر (١٢٨/٢) ، شذرات الذهب (٦٥/٣) ، وفیات الأعيان (٤١٥/١ - ٤١٧) ، مرآة الجنان (٣٩٠/٢) ، ٢٩١ ، الفهرست ٩٣ .

(٨) الإقناع في النحو لأبي سعيد الحسن بن عبد الله السمرقاني الحواري ، ولم يكمله ثم كمله ولده الجلال يوسف الحواري المتوفى سنة ٣٨٩ هـ بعد وفاة أبيه وكان يقول وصح والذي الحو في المراحل بالإقناع أي سهله جداً حتى لا يحتاج إلى مفسر ، وهو شرح كتاب سيويه . انظر كشف الظنون لحاجي خليفه (١٤٠/١) ، الفهرست لابن النديم ٩٣ . إلا أن هذا الكتاب مفقود .

(٩) هو أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الغفار بن محمد الفارسي الحواري ، ولد عام ٢٨٨ هـ بمدينة فسا من أعمال فارس وإلى فسا ينسب أيضاً فيقال أبو علي الفسوي ، واشتغل ببغداد ودخل إليها سنة ٣٠٧ ، وكان إماماً وكنه في النحو ، أقام بحلب عند سيف الدولة بن حمدان مدة وكان قدومه عليه عام ٣٤١ هـ وجرى بينه وبين لثني مجالس ثم انتقل إلى بلاد فارس . من تصانيفه : كتاب التذكرة ، كتاب المقصور والمسدود ، كتاب أحجية في الفرائد ، كتاب الراميل الثلاثة ، المسائل الخليلية والبغداديات ، والشذرات وغيرها . توفي =

[به] ^(١) وهذا لا يقدح فيما قلنا ، لأنه إذا كان على قياس كلامهم وجب اعتباره وحمل الإقرار عليه .

١٥٦٥٧ - ولأن له مدخلًا في القياس ، وقد نص عليه من قوله حجة ^(٢) في العربية وهو ابن كيسان وأبو سعيد . وما قاله مخالفًا لا يدل قياس العربية عليه ، ولا تحكي عن أحد من أهل اللغة ، فسقط حكمه .

١٥٦٥٨ - وقد أنكر أبو علي قولنا في كذا درهم وقال : إن ذا معرفة في التوحيد والتثنية ، والمعرفة لا يصح إضافتها . وهذا كلام صحيح إلا أن محمدًا لا يسقط حكم الإقرار لفظ القرون في العربية فاعتبر قياسه لو صحت الإضافة ^(٣) .

١٥٦٥٩ - احتجوا : بأن كذا كذا مبهم يحتمل درهماً وأقل منه وأكثر وغير ذلك من أجناس المال ، فإذا قال درهماً فقد فسر به درهم ، فوجب أن يلزمه درهم واحد ، وإذا عطف عليه بالواو فقال : كذا وكذا درهماً احتمل أن يكون تفسيراً لهما ، فيكون درهماً واحداً ، ويحتمل أن يكون تفسيراً لكل واحد منهما ، فيكون درهمين فخرج منقولان ^(٤) .

١٥٦٦٠ - الجواب : أن قوله : كذا وكذا يتناول عددًا مبهمًا مثل كم ، هكذا ذكر أبو الحسن الأصفهاني ^(٥) فقد ذكر عددًا مبهمًا يزيد عليه عددًا مبهمًا ، ودرهماً ، تفسيراً

يوم الأحد ١٧ من ربيع الآخر سنة ٣٧٧هـ . ينقاد . انظر البداية والنهاية (٣٠٦/١) ، الكامل لابن الأثير (١٣١/٧) ، النجوم الزاهرة (١٥١/٤) ، المر (١٤٩/٢) ، وميات الأعيان (٤١٧/١ - ٤٢٠) ، الفهرست لابن النديم ص ٩٥ .

(١) ما بين المعكوفين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) الحجة لغة : الدليل والبرهان وقيل ما دفع به الخصم ، وحجه حجة أي قبله على حجة ، واحتج بشيء أي اتخذه حجة . قال الإمام الركني نقلًا عن القاضي أبي الطيب : يسمى الدليل حجة وبرهانًا ، وقيل هما اسم لما دل عليه صحة الدعوى . وقال القاضي الروياني في البحر في الفرق بين الدليل والحجة وجهان ، أحدهما : أن الدليل ما دل على مطابقتك والحجة ما منع من ذلك . الثاني : الدليل ما دل على صوابك والحجة ما دفع عنك قول مخالفك . انظر لسان العرب (٧٧٩/٢) ، البحر المحيط (٣٥١) .

(٣) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢٢٢/٤) . قال أبو جعفر الطحاوي : قوله كذا درهماً يقتضي عددًا ما ، فإنما قال كذا كذا درهماً ، فهما عددان يتناولهما هذا الاسم ، وأقله أحد عشر وأكثره تسعة عشر ، فأكرمه الأئمة وإن قال كذا وكذا فقد أدخل بين الكلّيتين واو المعطف فيكون أقله أحد وعشرون .

(٤) انظر في هذا المعنى الحواشي الكبير (٢٦/٧ ، ٢٧) ، المنهاج (٤٤٥/٢) .

(٥) هو أبو الحسن سعيد بن مسعدة البجلي النحوي النجاشي بالولاء ، الأصفهاني الأوسط ، إمام العربية ، كان

له ، والتفسير يقع لواحدة^(١) نكرة من الجنس فلم يصح أن يكون التفسير كل المفسر وهذا يسقط كلامهم .

١٠٦٦٦ - فإن قيل : لو قال لعلان عني كذا وسكت وقال : أردت به درهمًا واحدًا صح فدل على أنه يتضمن الواحد .

١٠٦٦٧ - قلنا : كذا^(٢) يقتضي العدد فلا بد أن يفسره بعدد ، والواحد ليس بعدد إلا أنه يقبل قوله لأنه يتضمن عددًا من الدوائق^(٣) والحيات لو فسر الإقرار بها صح . فأما إذا قال كذا وكذا درهمًا فقد أقر بعدد ففسره بواحد من جنسه فلا بد أن يكون العدد دراهم^(٤) فأما الدرهم الواحد فهو خلاف اللغة لا محالة .

= يقول : ما وضع سيرويه في كتابه شيئًا إلا وعرض عليّ ، وكان يرى أنه أعلم مني وأنا اليوم أعلم منه ، وقد كان مبتكرًا حيث زاد في العروض بحر الخُطب على الخليل بن أحمد الفراهيدي ، من مصنفاته كتاب الأوسط في البحر وتفسير معاني القرآن ، وكتاب الاشتقاق والعروض والقوافي وكتاب معاني الشعر وكتاب الملوك وكتاب الأسرات وكتاب المسائل الكبير والصغير وغيرها . والخفش في اللغة ضعف في البصر وضيق في العين ، وقيل صخر في العين حلقه ، وقيل فساد في جفن العين واحمرارها توفي سنة ٢١٦ هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٢٥٦/١٥) ، شذرات الذهب (٣٦/٢) ، بنية الوعاة (٥٩٠/١) ، ٥٩١) ، أنباء الرواة (٣٩/٢) ، مفتاح السعادة (١٥٨/١) ، ١٥٩) .

(١) في (ع) ، (م) : [لواحد يحذف تاء التأنيث] .

(٢) في (ص) : [لذا] والصواب ما أتيناها كما في (ع) ، (م) .

(٣) الدوائق : جمع الدائق ، والدائق : قيراطان معرب ، وهو سدس درهم وعند اليونان حبة خرنوب لأن الدرهم عندهم اثنتا عشرة حبة خرنوب . والدائق الإسلامي حبة خرنوب وثلاث حبة خرنوب فإن الدرهم الإسلامي ست عشرة حبة خرنوب وتفتح النون وتكسر . وبعضهم يقول الكسر أنصح ، وجمع للكسر أي دائق ودائق ، وجمع المتنوع دوائق بزيادة ياء قاله الأزهري ، وقيل كل جمع على فروع ومنع يجوز أن يمد بالياء فيقال : فراويل ومفاعيل ، والأخير شاذ . انظر المصباح المنير (٢٤٢/١) مادة دنق ، لسان العرب (١٤٣٣/٢) ، للمرب في ترتيب للمرب للمطري ص ١٦٩ .

(٤) لمزيد بيان في معنى كذا واستعمالاتها انظر ما جاء في ارتشاف الضرب من لسان العرب لأبي حيان الأندلسي وأما كذا فالكاف للتشبيه وذا اسم إشارة للمفرد المذكور فإن العرب اسمعتها لكناية عن عدد وعن غير عدد ، وفي كذا الحائتين تكون مركبة ، وكذلك لا بشي ولا يجمع ولا يؤنث ولا يتبع تابع ولا بنت ولا عطف بيان ، ولا تأكيد ولا بدل ولا عطف نسق ، وإذا كانت كناية عن العدد فمذهب البصريين أن يسميها بكون مفردًا سواء كانت مفردة أم معطوفة العدد ، وأريد بها عدد قليل أو كثير ، فنقول : له عدي كذا درهمًا وله عندي كذا وكذا درهمًا . ومذهب الكوفيين أنها تفسر به العدد الذي هي كناية عنه فمن الثلاثة إلى العشرة بالعدد المنخفض نحو له عندي كذا جوار . وتفرّد في المركب بالمفرد المنعوت ، وتركب كأن تقول : له عندي كذا وكذا درهمًا ، وفي المفرد بالمفرد المنعوت ، وتكون هي معطوفة على مثلها تقول : له عدي كذا =

١٥٦٦٣ - فإن قيل في الدراهم هلا حملتموه على عشرة دراهم كما قال الفراء^(١) .
 ١٥٦٦٤ - قلنا : لأن كذا عدد وقد فسرناه بواحد منكر من جنسه ، فدل على أنه أقر
 بجملة من الدراهم أضافها إلى درهم وأقل ذلك مائة .

= وكذا درهما . وعن المائة والألف بالمفرد الجورور وتفرّد هي نحو له كذا درهم . وقد وافق الكوفيون الأخفش على هذا للذهب فيما نقله صاحب البسيط والمبرد وابن الدهان وابن معد . وذهب الأخفش وابن كيسان والسيرافي فيما نقله أبو بكر عتيق بن داود اليماني إلى موافقتهم في المركب والمعطوف . واضطرب أبو على فمرة قال بقول البصريين ومرة بقول الكوفيين . انظر ارتشاف الضرب من لسان العرب لأبي حيان الأندلسي تحقيق وتعليق د/ مصطفى أحمد نحاس (٣٨٨/١ - ٣٩٠) . ط مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر القاهرة .

(١) هو أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن سدر الأسدي الكوفي النحوي ، كان يقال له أمير المؤمنين في النحو . ولد سنة ١٤٤هـ ونزل بغداد وحدث عن قيس بن الربيع وأبي الأحوص ، وهو أجل أصحاب الكسائي وكان رأساً في النحو وفي اللغة يحرراً ، وباحتلاف القوم عارفاً وفي الطب غبيراً وبأيام العرب وأشعارها حادفاً ، صنف الفراء للمأمون كتاب الحدود في النحو ، وله كتاب المعاني والمصادر في القرآن والجميع والتبعية في القرآن والوقف والابتداء ، وله كتاب التواذر وغير ذلك من الكتب ، كان يؤدب ابني المأمون وتوفي سنة ٢٠٧هـ في طريق مكة وصره ٦٣ سنة . انظر وفيات الأعيان (٢٢٥/٥ - ٢٣٠) ، شذرات الذهب (١٩/٢ ، ٢٠) ، البداية والنهاية (١٠ ، ٢٦١) ، الفهرست لابي النديم (٩٨ ، ٩٩) ، معجم المؤلفين (١٩٨/٣) .



هل ديون الصحة وديون المرض سواء في القضاء ؟

١٥٦٦٥ - قال أصحابنا : إذا كان على المريض ^(١) دين أقر به في صحته ثم أقر بديون في مرضه ، فدمت ديون الصحة ^(٢) في القضاء ^(٣) فما فضل عنها كان لديون المرض ^(٤) .

١٥٦٦٦ - وإن لزمه دين في المرض يبيته أو بابتياح بمعاينة أو بنكاح كانت كديون الصحة ^(٥) .

١٥٦٦٧ - وقال الشافعي : ديون الصحة والمرضى سواء لا يقدم بعضها ^(٦) .

(١) المريض هنا هو المريض مرض الموت ، وحده الذي تطبق عليه هذه الأحكام أن يكون مما يمنع صاحبه من القيام بحاجته كما يعتاده الأصحاء وأن يكون نفس المرض مما يحاف منه الهلاك غالباً . وأن يتصل به الموت فضلاً . فهذه ثلاث صفات لابد من تحقيقها كلها بحيث لو لم تتحقق واحدة منهن لم يعتبر المرض مرض الموت . وقد عبر عنه بعض الفقهاء بتعريفات مختلفة . قال الفقيه أبو الليث : المريض مرض الموت هو أن لا يقدر أن يصلي قاشاً . وقيل من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض ، واختار ما كان المالك منه الموت وإن لم يكن صاحب فراش . انظر ذلك في حاشية اللباب في شرح الكتاب (٤٨/٢) ، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣٣٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٦١/٤) .

(٢) هي ما كان ثبوتها بالبيعة أو بالإقرار في حال الصحة .

(٣) أي في أداء الدين .

(٤) ما كان ثبوتها بالإقراره في مرض موته . انظر حاشية مختصر الطحاوي ص ١١٦ .

(٥) أي ما لزمه بأسباب معلومة . راجع ذلك مختصر الطحاوي ص ١١٦ ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧) ، المبسوط (٢٥٤/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٣/٥) ، الهداية (١٨٩/٤) ، النباية على الهداية (٥٨٧/٧) ، البحر الرائق (٢٢٧/٧) ، اللباب في شرح الكتاب (٨٤/٢) ، نتائج الأفكار (٣٨٠/٨) ، رؤوس المسائل لزمنخري ص ٣٤٠ .

(٦) انظر الحارثي الكبير (٢٨/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، مني المحتاج (٢٤٠/٢) . ويقول الشافعية قال ابن أبي ليلى والمالكية والحنابلة . انظر المبسوط (٢٦/١٨) ، حاشية الدسوقي (٣٩٩/٣) ، الذخيرة (٢٦٠/٩) ، المنى مع الشرح الكبير (٣٤٣/٥) ، شرح منتهى الإرادات (١٧٨٣/٥) ، الفروع لابن مفلح (٦١٠/٦) ، الإنصاف (١٣٤/١٢) . قال القرافي : « إذا أقر المريض لأحباب لا ينهم عليهم وأقر لبعضهم في الصحة وبعضهم في المرض وضاعت البركة استوتوا في الخاصة » وقال ابن قدامة في المغني : « فإن أقر لأحبي يدين في مرضه وعليه دين ثبت بيته أو إقرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء ، وإن ضاق عن قضاتهما فظاهر كلام الحنفي أنهما سواء وهو اختيار التصحي » .

١٥٦٦٨ - لنا : أنه مال أوجبه في حال مرضه لا يعلم سببه إلا بقوله ، فكان دين الصحة أولى . أصله هبته ^(١) ومحاباته ^(٢) .

١٥٦٦٩ - فبن قيل : لا يمنع أن ينفذ إقراره ، وإن لم ينفذ تبرعه ، بدلالة أن ما زاد على الثلث لا يجوز تبرعه به ، ولو أقر به جاز .

١٥٦٧٠ - قنا : إذا لم يكن عليه دين فتبرعه جائز في محل التبرع [وهو الثلث ، وإقراره جائز في محل الإقرار وهو جميع المال فإذا كان عليه ديون الصحة منعت تبرعه في محل التبرع] ^(٣) ، ومنعت إقراره في محل الإقرار ، وهو المال كله .

١٥٦٧١ - ولأن الإقرار إنما ينفذ في جميع المال ؛ لأن المانع من تصرف المريض حق الوارث والبدلين تبيين أنه لا حق للوارث ، وأما التبرع فالمانع منه ديون المريض وبالإقرار الثاني لا يبين أنه لم يكن للغيرم الأول حق ، بل حقه ثابت ، فمنع من الإقرار المسقط لحقه من التبرع .

١٥٦٧٢ - ولأن حالة الصحة حال إطلاق بدليل جواز التصرف بكل وجه ، وحال المرض حال حجر ، بدلالة أن التبرع لا ينفذ فيها كما ينفذ في حال الصحة ، ودن الإطلاق مقدم على دين الحجر إذا لم يعلم سببه ^(٤) .

١٥٦٧٣ - أصله ؛ العبد المأذون إذا أقر ثم حجر عليه فأقر ^(٥)

(١) الهبة لغة : العطية الحالية من الأعواس فإن كثرت سمي صاحبها وهاتبا وهي التبرع بما ينفع الموهوب له ، وقد تكون بالعين وقد تكون بالدن وقد تكون بغير المال ، وفي الاصطلاح : هي تملك المال بلا عوض ، أو تملك العين مجاناً . انظر لسان العرب (٤٩٢٨/٦) ، المصباح المنير (٨٤٣/٢) مادة وهب ، طلبه الطلبة ص ٢٢٢ ، البناء على الهداية (٧٩٦/٧) ، حاشية الطحاوي (٣٩٦/٣) .

(٢) الخبابة في اللغة : ما يحبو به الرجل صاحبه ويكرمه به ، حبا الرجل حبة أي أعطاه وسما حوت الرجل ساء ، أي أعطته بغير عوض ، وسما بيع الخبابة وهي إذا باع شيئاً قيمته عشرة دراهم بسعة فكان في حق سبعة أجزاء من عشرة أجزاء منه مبادلة مال بمال وفي حق ثلاثة أجزاء من العشرة سه هبة وعطاء خلوهما من بدل معنى . ولذلك ألحق بالهبات في حق المريض مرض الموت ، واعتبر خروج من الثلث . انظر لسان العرب (٧٦٦/٢) ، المصباح المنير (١٦٤/١ ، ١٦٥) ، طلبه الطلبة ص ١٦٤ .

(٣) ما بين للمكوتفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر المبسوط (٢٦/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٥/٥) .

(٥) الإقرار الأول في حالة الإذن والإطلاق يصبح اتماماً ، أما في الحالة الثانية وهي حالة الحجر والتقييد فلا يصح عد الصالحين ، وسواء أقر بنفسه أو أقر بدين . أما إذا حجر على العبد المأذون له لإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة ومناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه =

هل ديون الصحة وديون المرض سواء في القضاء ؟ ٣٩٩١/٧

١٥٦٧٤ - ولأن الدين تارة يثبت على حُر وتارة يثبت على عد ، فإذا كان لأحدهما ^(١) حالان يقدم إقراره في إحداهما على الأخرى لمعى يعيد إلى حالة المدانية كذلك الآخر .

١٥٦٧٥ - فإن قيل : العبد المحجور لا يملك سبب المدانية فلم يملك الإقرار بالدين .

١٥٦٧٦ - قلنا : المريض إنما يملك السبب الذي هو المعاوضة ، فإن أعملنا ^(٢) المعاوضة صح الإقرار . وإذا لم يعملها ^(٣) ببذله وهو إخراج ما له بغير عوض في الظاهر ، وهو لا يملك هذا المعنى .

١٥٦٧٧ - ر ^(١) لأن دين الصحة أقوى بدلالة أنه يثبت في حالة لا يقف شيء منها من التصرف بعوض وبغير عوض ، ودين المرض ثبت في حال ينفذ فيها بعض التصرف دون بعض ، والحقوق في مال المريض يقدم منها الأقوى على الأضعف ، بدلالة أنه يقدم الكف عن الديون والديون على الموارث ^(٤) .

١٥٦٧٨ - ولأنه أقر بدين في مرض موته فوجب أن يؤخر عن ديون صحته . أصله المريض المحجور عليه ^(٥) لسقه أو دين ^(٦) .

= فيقصي ما في يده ، وقال : لا يصح إقراره انظر الهداية (٧/٤) ، الاختيار (١٣٦/٢) ، مختصر الطحاوي ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، تكملة حاشية ابن عابدين (١٦٣/٨) ، حاشية الطحاوي (٣٤٠/٣) .
(١) أي الحجر والإطلاق .

(٢) في (ع) ، (م) : [فإن علمنا] . (٣) في (ع) ، (م) : [لم يعلمها] .

(٤) حرف الواو ساقط من جميع النسخ لمل السياق يقتضيه .

(٥) انظر هذا للمعنى في المبسوط (٢٨/١٨) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٠٢/٢) .

(٦) هكذا في جميع النسخ الصواب حذف كلمة المريض لأنه يقتضى المريض على السفينة والمفلس ، لمل الصواب أن يعبر عنه الشخص المحجور عليه لسفه أو دين .

(٧) السفه لغة : خفة العقل وقيل الجهل . والسفيه : خفيف العقل ، والجمع سفهاء . والأشئ سفهاء والجمع سفهات . انظر لسان العرب (٢٠٣٢/٣) ، المصباح المنير (٣٨٠/١) ، وفي اصطلاح الفقهاء ، عبارة عن التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والمفلس مع قيام العقل . انظر شرح المنار ص ٩٨٨ ، بدائع الصنائع (١٧١/٧) . من للملاحظ أن الحجر على السفينة ليس مصادرة لحرته ولا تعطيلاً لإرادته بل حاشية ملأه ثم هو تقدير للمال وصيانته ، وهو كذلك تربية حكيمية وأسلوب عملي للتدول في رعاية مالها العام سواء أكان في يد الأفراد أم في بيت المال العام . انظر : السياسة المالية في الإسلام للأستاذ عبد الكريم الحطيط ص ١٢١ ، ط دار الفكر العربي . ويحجر القاضي على السفينة وإن كان كبيراً ، لئلا ، إما لإنفاقه بآرائه لشهرته وإما لعدم معرفته بمصالحه وإن كان صالحاً في دينه . وقد اختلف العلماء في الحجر على السفيه على قولين ، الأول : هو قول جمهور الفقهاء ومنهم أصحابان من الخفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه يحجر =

١٥٦٧٩ - قالوا : فيه قولان أحدهما : أنه إذا أقر صح إقراره وسأوى الديون التي حجر عليه لأجلها ^(١)

١٥٦٨٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنه يطل معنى الحجر فلا يكون فيه فائدة ، لأن المريض مع دين الصحة لا يملك إخراج شيء من ملكه بغير عوض يحصل [له] ^(٢) أو منفعة يختص بها في نفسه .

١٥٦٨١ - والإنسان يملك الإقرار بما يملك إيجابه ^(٣) .

١٥٦٨٢ - ألا ترى أن الوكيل بعد العزل ^(٤) لا يقبل ^(٥) إقراره [بالبيع ، لأنه لا يملك إيجابه وكذلك الزوج إذا أقر بالرجعة ^(٦)]

= على السفيه ، والسفيه سبب في الحجر عليه ، إلا أن الصاحبين أباه يوسف ومحمد اختلفا في الحجر عليه ، فقال أبو يوسف : إن السفيه لا يصير محجوراً إلا بصحر القاضي عليه ، وقال محمد : يتحجر بنفس السفيه من غير حاجة إلى حجر القاضي . والقول الثاني : هو قول الإمام أبي حنيفة وصاحبه زفر بن الهذيل وأنه لا يصحر على الحر العاقل البالغ وإن كان سفيهاً ينفق ماله فيما لا مصلحة له فيه . يلاحظ أن الإمام أباه حنيفة وزفر بن الهذيل حصرا أسباب الحجر في ثلاثة ، وهي : الجنون ، والعصا ، والرق . انظر بفتح الصنائع (١٧٠/٧) ، تكملة فتح القدير (٣١٠/٧) ، القواعد الفقهية ص ٢٧٥ ، مفتي المحتاج (١٧١/٢) ، المفتي (٤٢٦/٤) . (١) إقرار السفيه ينقسم إلى ثلاثة أقسام : ١ - قسم يتعلق بهنك ويصح منه إقراره بما يوجب حداً أو قوداً . ٢ - قسم يتعلق بالمال ولا يلزمه حصول التهمة فيه سواء كان المال عن معاملة أو إتلاف . ٣ - قسم مختلف في لزومه ويشمل شيئين : أ - جنابات الخطأ على النفوس ففي لزومها قولان . ب - السرقة ففي لزومها وجوب غرمها بإقراره قولان . انظر الحاروي الكبير (٣٦١/٦) .

(٢) ما بين المكوثرين ساقط من (ص) والصواب ما أبتناه كما في (ع) ، (م) . (٣) الإيجاب : من أوجب بمشي أوقع ، وفي المصباح وجب البيع والحق يجب وجوباً ، أي لزم وثبت ، ووجب الحافظ أي سقط وأوجب البيع بالألف فوجب ، والإيجاب : ما يصدر من البائع ، والقول : ما يصدر عن المشتري ، وهذا عند الجمهور ، وأما عند الحنفية فما صدر أولاً من أحد المتأخرين هو إيجاب ، وما صدر ثانياً فهو قبول . انظر فتح القدير (١٠٢/٣) ، شرح الحرشي (٣٦٦/٥) ، نهاية المحتاج (٣٧٥/٢) ، كشاف القناع (١٤٦/٣) ، طلبة الطلبة ص ٢٣٦ .

(٤) العزل : خطاب ملزم للوكيل بأن يتنعم عن التصرف بعد العلم به ، فلا يجوز له أن يتصرف بالوكالة وس ثم لا يجوز إقراره بعد العزل . انظر نتائج الأفكار (١٣٩/٨) . يتصرف .

(٥) في (ع) ، (م) : [لا يملك] .

(٦) الرجعة بفتح الراء وكسرها لغتان والفتح أصبح وهي مصدر رجعه رجعا ورجعة أي أعاده ورده ، يقال رجعت الأمر إلى أوائله إذا رددته إلى ابتدائه ومنه مراجعة الرجل أهله . وفي الشرح رد الراجعة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها وهي استدامة النكاح ، ولزوج مراجعتها في العدة بغير رضاها ، وثبت بقوله ، وبكل فصل ثبت حرمة المصاهرة . انظر المصباح للمهر (٢٩٩/١) ، معجم مقاييس اللغة (٢٩٨/٢) ، طلبة الطلبة ١٤٨ . الحرب في ترتيب الحرب ص ١٨٤ ، الاختيار (١٠٦/٣ ، ١٠٧ ، الهداية (٦/٢) ، فتح القدير (١٤٤/٤) .

هل ديون الصحة وديون المرض سواء في القصاص ٢ ————— ٣١٩٣/٧

بعد العدة^(١) وإذا ثبت هذا لم ينفذ إقراره^(٢) في حق غرماء الصحة ، إذ لم يحصل [له]^(٣) عوض [معلوم]^(٤) أو منفعة يختص بها في نفسه .

١٥٦٨٣ - فإن قيل : إذا أقر بدين في الصحة^(٥) ، وأحاط بماله ، فإنه لا يملك بعده إخراج شيء من ملكه بغير عوض . ولو أقر (في المرض و)^(٦) جاز إقراره تساوى الدينان .

١٥٦٨٤ - قلنا : الدين الأول والثاني في كل واحد منهما حصل وهو مجموع من إخراج ملكه بغير عوض .

١٥٦٨٥ - لأن التبرع إذا حصل من المريض ثم لحقه دين بطل التبرع فتساوى حكم الدينين^(٧) فكذلك هنا^(٨) .

١٥٦٨٦ - وهذه المسألة [مبنية]^(٩) على أن الدين يتعلق بمال المريض .

١٥٦٨٧ - والدليل عليه أن المريض ممنوع من التبرع في شيء من ماله مع صحة القول ، لأن حق الغير^(١٠) متعلق به . أصله الثلثان في حق الورثة وهذا أصل مسلم ، لأنهم يقولون في حق الورثة ، الذين هم في معلوم الله أنهم ورثته - متعلق بالمال .

(١) العدة مأخوذة من العد والإحصاء أي ما تحسب المرأة وتعد من الأيام والأقراء . واحتساب العدة يبدأ من حين وجود سببها وهو الطلاق أو الرفقة أو الوطء بالشبهة وهي اسم للعدة التي تنتظر فيها المرأة وتمنع عن التزويج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها ، وقد عرفها ابن الهمام بأنها : تربي يلوام المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت . أنظر المصباح للمير (٥٤١/٢) ، تهذيب الأسماء واللغات (٧/٢) ، الاختيار (١٤٣/٣) ، فتح القدير (١٣٥/٤) .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (ص) والعصا ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) في (ع) ، (م) : [المرض] .

(٦) ما بين الأقواس في هذه الفقرة زيادة اقتضاها السياق فيما يبدو .

(٧) في (ع) ، (م) : [حكم الدين] .

(٨) تبرعات المريض تعتبر من الثلث كالتبعية والحق والتدبير والمجابهة فيما لا يُثنان فيه والإبراء من الديون وأشباه ذلك . وقد روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عدد موتكم رحمة بكم وزيادة في أعمالكم وحسناتكم » . انظر سنن ابن ماجه باب الوصايا ، ص ١٩٩ ، سنن الدارقطني (١٣٤/٤) ، نيل الأوطار (١٧٠/٧) . مدل ذلك على أن المريض لا يستطيع أن يتصرف فيما زاد على الثلث حيث تعلق به حق الورثة والدائنين عملاً بمبدأ سد الدرائع . انظر العقود العبرية في تنقيح الفوائد الحامدية لآب عابدين ٥٤/٢ . ط دار المعرفة بيروت .

(٩) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (١٠) في (ع) ، (م) : [حق المير] .

١٥٦٨٨ - ولا يلزم المرتد ^(١) لأنه إذا قبل حكمنا فإن تصرفه [لا] ^(٢) ينفذ ولأن حق الورثة كان متعلقاً بماله .

١٥٦٨٩ - ولأنه منع من التصرف في المال لحق الغرماء بدليل أنه لو لا حقهم نمذ تصرفه وكل حالة منع من التصرف في المال في حق غرماء الصحة كان حقهم متعناً بماله . أصله بعد الموت .

١٥٦٩٠ - ولا يلزم ذنئ المرض ^(٣) لأنه يتعلق بمال المريض عندنا تعلقاً مراعى ، ولأن المريض لا يملك أن يخص بعض الغرماء بالقضاء ولولا أن حق الجميع تعلق بمال ملك القضاء كحال الصحة ^(٤) .

١٥٦٩١ - فإن قالوا : إنه يملك [القضاء] ^(٥) كحال الصحة دللنا عليه قلنا : القضاء فعل يصح في حال المرض ويصح أن يفعل عنه بعد الموت بأمره ، فكان بعد الموت وفي حال المرض سواء كالهبة والعق والصدقة

١٥٦٩٢ - فإن قيل : إنما يتعذر تبرعه ليس لما ذكرت ، ولكن لأن التبرع من الثلث [ومن عليه دين فلا ثلث لماله . بيان ذلك أنه لو تبرع ولا دين عليه ، ثم لحقه دين بطل ذلك التبرع لأنه لا ثلث لماله] ^(٦) .

١٥٦٩٣ - قلنا : ما من مال إلا له ثلث ، إلا أن التبرع لم ينفذ في هذا الثلث لتعلق حق الغرماء به . فأما إذا تبرع المريض ولا دين عليه ثم لحقه دين فلأن تبرعه مراعى كموقوف على الموت . فإذا لزمه دين قبل الموت استقر قبل استقرار التبرع فكانه تقدم عليه في المعنى .

(١) الردة لغة : هي من ارتد أي تحول إلى الكفر ، والاسم الردة ، أي عن الإسلام : الرجوع عنه وارتد فلاذ عن ديه إذا كفر بعد إسلامه ، وفي الاصطلاح إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الإيمان ، إذ الردة عبارته عن الرجوع عن الإيمان . وقال ابن جزى من المالكية : هو المكلف الذي يرجع عن الإسلام طوعاً أو بالصرح بالكفر وإما باللفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه ، ويجب أن يستتاب ويجهل ثلاثة . انظر لسان العرب (١٦٢١/٣) ، للمصباح المنير (٣٠٦/١) ، بدائع الصنائع (١٣٤/٧) ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهي لابن جزى ص ٣٩٤ ط دار العلم للملايين بيروت .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [المريض] . (٤) انظر هذا المعنى في بدائع الصنائع (٢٢٥/٧) .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ص) والصراب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٦) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

هل ديون الصحة وديون المرض سواء في القصاص ؟ ٣٩٩٥/٧

١٥٦٩٤ - قالوا : لو تصرف في ماله بالإتفاق على نفسه في ملائذ وتكاحه نقد ب/١٧٩ تصرفه ، فلو كان ماله مشغولاً بحق غرمائه لم ينفذ / تصرفه فيه كالرهن ^(١) .

١٥٦٩٥ - قلنا : لا يمنع أن يتعلق الحق بماله ، ويجوز صرفه في المنافع المختصة ، به كما أنه بعد الموت تتعلق الديون بالتركة بالإجماع ، ولا يمنع ذلك من صرف المال في الكفن ومؤنة الدفن .

١٥٦٩٦ - ولأن ما لا يد له منه آخذة ، وإن كان حقه متعلقا به ، كما يثبت للإنسان أخذ ما يحتاج إليه من مال غيره وما زاد ^(٢) على قدر الحاجة بالشراء ^(٣) [و] ^(٤) لأنه لا يقوت به حق الغرماء فإذا تناوله بعد ذلك صار كإتلافه للرهن .

١٥٦٩٧ - وأما المهر فلا يثبت بقوله لكنه إذا أقر بالنكاح ثبت النكاح ، لأنه يملكه فإذا لزمه وجب المهر من طريق الحكم فصار كالدين المعروف السبب وليس كذلك إذا أقر بالشراء .

١٥٦٩٨ - لأن الشراء لا يجوز أن يثبت ، ثم يثبت حكماً ، لأنه لا ينفرد عنه وإنما يتعلق الثمن بإقراره وهو لا يملك ذلك من غير عوض يحصل له في الظاهر .

١٥٦٩٩ - قالوا : لو تعلق حقهم بالمال لم يجز تصرفه فيه وإن كان يعني المال بالتصرف [كالرهن] ^(٥) ولكان إذا وجب عليه دين بالبيعة لا يساويه كالرهن ^(٦) .

١٥٧٠٠ - قلنا : المرتهن تعلق حقه بعين الرهن والغرماء تعلق حقهم بعين للمال

(١) الكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (ب) . (٢) في (ع) ، (م) : [ما رآه] .

(٣) في (ص) ، (ع) : [السري] والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٤) حرف الواو ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٥) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) . الرهن لغة : من رهن الشيء برهن رهوناً : أي ثبت ودم رهنه للمالك بالدين رهناً أي حبسته به فهو رهون والأصل رهون بالدين فحذف للملم به وجمعه رهون مثل فس وفلس ، ورهان مثل سهم وسهام . انظر المصباح للمبر (٣٣٠/١) ، معجم مقاييس اللغة (٤٥٢/٢) وما بعده والمغرب ص ٢٠٣ ، التبريدات ص ١٥٠ . وفي الشرع عرفه الحنفية بأنه : جعل الشيء محبوساً بحق بأنه : جعل عين مالية وقيمة بدين ليستوفي منها عند تملك وفاته . وعرفه الحاشية بأنه هو : المال الذي يحمل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تملك استغناؤه ممن هو عليه . انظر الهداية (١٢٩/٤) ، حاشية المدسوقي

(٢٣١/٣) ، الإقناع (٢٣/٢) ، المعني (٢٤٥/٤) ط مكتبة القاهرة .

(٦) انظر في هذا المعنى الإقناع (٢٥/٢) ، المعني (٢٨٨/٤) ، (٢٨٩) .

لا يعبه (١).

١٥٧٠١ - الدليل على ذلك أن المرتبة يحبس العين ، فلو أن حقه تعلق بها لم يثبت له حبسها . فأما الغراء فليس لهم حبس الأعيان وإنما لهم استيفاء الحق منها فلا يمنع ذلك التصرف كحق الفقراء في مال الزكاة ، وكما أن حق الورثة متعلق بالمال وإن لم يمنع التصرف .

١٥٧٠٢ - فأما مشاركة من أقام البينة على دين فلأن حقه ثبت لسبب لا تهمة فيه .
ويثله في الرهن : لو أقام رجل البينة على الدين . والرهن ساوى المرتهن .

١٥٧٠٣ - كذلك إذا أقام بينة على دين ساوى غرماء الصحة . وإذا ثبت أن حق الغرماء يتعلق بماله لم يملك أن يسقط حقهم عن ذلك بمجرد قوله كالدين الذي به رهن .

١٥٧٤ - فإن قيل : هذا موجود في دين المريض إذا لزمه ، ثم أقرب بدین .

١٥٧٠ - قلنا : دين المريض متعلق بالمال ، إلا أنه غير مستقر ، لجواز أن يكون عليه دين في حال الصحة . وإنما يستقر بالموت فيتساوى الدينان في الثبوت .

۱۵۷۰۶ - احتجاجوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ عَلَى اللَّهِ مَوَدَّةٌ﴾ (١) أي شاهد ، فدل على قبول قوله علي نفسه (٢) .

١٥٧٠٧ - قلنا : قوله مقبول عندنا ، وثبت به الدين عليه ، وإنما يقدم على غيره والآية ^(١) لا تدل على ترتيب الديون .

١٥٧٠٨ - اُحْضِرُوا بَقُولِهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ إِلَى الشَّهَادَةِ وَلَا تَوَلَّوْا عَآلَ أَفْكِكُمْ ﴾ ^(١) فَلَوْلَا أَنَّ شَهَادَةَ الْإِنْسَانِ تُقْبَلُ عَلَيْهِ نَفْسُهُ لَمْ يُؤْمَرْ بِهَا ^(٢) .

١٥٧٠٩ - قلنا : نحن قد قبلنا شهادته على نفسه وأثبتنا الدين بها ، وإنما نمنع أن
تقبل شهادته على غيره - وهم غرماء الصمحة - وليس إذا وجب قبول قوله على نفسه

(١) هكذا في جميع النسخ لعل صحة العبارة هي تعلق حقهم بالمال لا يمينه .

(٦) من سورة القيامة : الآية رقم (١٤) .

(٣) انظر هذا الدليل في الذخيرة للقراقي (٢٦٠/٩) .

(٤) الآية : طائفة من القرآن يتصل بعضها ببعض إلى انقطاعها طويلة كانت أو قصيرة . انظر كتاب الترميز

(٥) من سورة الباء : الآية رقم (١٣٥) .

(٦) انظر ذلك في أسنى المطالب (٢٨٧/٢) والفخيرة للقزويني (٢٦٠/٩) . وجه الدلالة من الآتي أن الشهادة على النفس إقرار ، وذلك عام في جميع الأحوال ، ولكل أحد ، والتخصيص يحتاج إلى دليل ولا دليل على ذلك فيبقى على عمومه .

هل ديون الصحة ودين المرض سواء في القضاء ؟ ٣١٩٧/٧

قل في إسقاط حق غيره .

١٥٧١٠ - ألا ترى أنه لو أقر بملك الرهن لغيره قبل إقراره على نفسه ولم يخل في إسقاط حق المرتهن .

١٥٧١١ - قالوا : حق لو ثبت عليه بالصفة [التي] ^(١) يتأخر وأمر ثبت له مثله ^(٢) حال الصحة ، فإذا ثبت عليه بالاعتراف وجب أن يساوي من ثبت له مثل حال الصحة . أصله النسب ^(٣) .

١٥٧١٢ - قلنا : لا نسلم أن أحد الدينين مثل الآخر بدلالة أن دينه ^(٤) متعلق بالذمة والمال ودين المرض متعلق بالذمة غير مستقر في المال . وإن سقط هذا الوصف انتقض العلة ، كدين به رهن [إذا] ^(٥) أقر الراهن بدين آخر لا يساوي الغريم الأول في الرهن . والمعنى في النسب ثبوت الإنسان على الأنساب . وتعلق الحقوق بماله لا يجعله محجوراً [عليه] ^(٦) في الإقرار بسبب آخر ، وليس كذلك الدين ؛ لأن ثبوت الدين قد يؤثر في الحجر ومنع المشاركة [بما يقر به دلالة أن الدين به رهن . ولذلك جاز أن تكون حقوق غرماء الصحة تؤثر في الحجر ومنع المشاركة] ^(٧) بين ديونهم والدين المقر به .

١٥٧١٣ - قالوا : دين ثبت على المريض فوجب أن يساوي ما ثبت مثله في حال الصحة ، كما لو ثبت [بالبيئة] ^(٨) ، وكما لو صح من هذا المرض ثم مرض ^(٩) .

١٥٧١٤ - قلنا : لا نسلم أن دين الصحة مماثل لما ثبت [^(١٠) في حال المرض ؛ فإذا سقط هذا الوصف بطل بدين في الصحة به رهن . ودين أقر به في المرض لا يساوي المرتهن في الرهن والمعنى فيما ثبت [بالبيئة] ^(١١) لأن قول الشهود مقبول على المريض

(١) ما بين للمكوفين ساقط من جميع النسخ لمل السياق يقتضيه .

(٢) أي مثل هذا الحق .

(٣) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٩/٧) ، الذخيرة للقرافي (٢٦١/٩) ، الكت للشرطي ورقه ٣٠٨ (ب) ، وعبارة الماوردي ؛ لأن كل حال يستوي فيها ثبوت النسب بالبيئة والإقرار وجب أن يستوي فيها ثبوت الدين بالبيئة والإقرار كالصحة . (٤) في (ع) (م) : [ذمه] .

(٥) ما بين للمكوفين ساقط من جميع النسخ .

(٦) (٧ ، ٦) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) (م) .

(٨) البيئة هي الحجة الظاهرة . انظر طلبة الطلبة ص ١٧٨ .

(٩) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٩/٧) ، معنى المحتاج (٢٤٠/٢) .

(١٠) (١١) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) (م) .

وعلى غرمائه ثبت الدين في حقهم فساوهم .

١٥٧١٥ - وأما المقيّد بقوله مقبول على نفسه [و] ^(١) غير مقبول على غرمائه ثبت الاستحقاق في حقه دونهم ؛ فتبين الفرق بينهما في أن المبيع لو استحق من يد المشتري بينة رجح على البائع ^(٢) بالتمسك ^(٣) ، ولو أقر المشتري للمدعى لم يرجع على الناع . وكان [للمضى] ^(٤) فيه : أن البينة مقبولة في حق البائع والمشتري ، وإقرار المشتري مقبول في حقه خاصة .

١٥٧١٦ - فأما قياسهم عليه إذا صح من مرضه فلأنه لو كان تصرف في إخراج ماله من ملكه بغير عوض لم يصح جاز ، وإن أسقط بذلك حق غرمائه . كذلك إذا أقره ، وإذا لم يصح لم ينفذ تصرفه في إخراج شيء من ماله بغير عوض كذلك لا ينفذ قوله في الإقرار المؤذي إلى استحقاق ماله بغير عوض معلوم .

١٥٧١٧ - قالوا : المريض غير متهم فيما اعترف به من الدين [و] ^(٥) العي ، لأنه في حال الحذر من الله تعالى والخروج من المظالم وتجديد التوبة ، وكان أبعد في التهمة من الصحيح ؛ فإذا نفذ إقرار الصحيح فالمريض أولى ^(٦) .

(١) ما بين المكوّفين ساقط من جميع النسخ .

(٢) البيع صد الشراء وهو من الأخذاد يطلق أحدهما على الآخر ويجمع على البيوع ، والبيع مطلق المبادأة يقع على البيع والشراء ، يقال باع داره أي ملكها غيره بشئ وباع دار فلان بكذا أي اشتراها به وقد قال النبي ﷺ : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » إلا أن تكون صفة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستغله أخرجه أبو داود في مسه كتاب البيوع في باب خيار المتبايعين (٢٧٣/٣) رقم ٣٤٥٦ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، ورواه أحمد بن حنبل في مسنده (٥٦/١) والزيلع في نصب الرابة (٢٠١/٢) فأطلق الاسم عليهما وكذلك الشراء وهو تمليك مال بمال غير أن الغالب في الاستعمال أن البيع في إخراج المبيع عن الملك قصداً أكثر وتبادر الدهن إلى هذا المعنى أقوى ، والشراء في إخراج الثمن من الملك قصداً أكثر وتبادر الدخ إلى أسرع ، والبيع في الاصطلاح هو مبادأة المال المقنوم بمال المتصرف تمكناً وتقليداً . انظر المصباح المنير (٩٦/١) ، معجم مقاييس اللغة (٣٢٧/١) ، لسان العرب (٤٠١/١) الاختيار لتعليل المختار (١/٢) ، فتح القدير (٤٥٤/٥) ، التعريفات ص ٧٤ .

(٣) الثمن اسم لما عرض من المبيع والأثمان المعلومة ما يجب ديناً في الذمة كالدراهم والدينار وأما غيرها من العروض ونحوها فلا . والتمسك اسم للمشتري به ، وقال الليث : « ثمن كل شيء قيمته » انظر المغرب ٦٩ ، تهذيب الأسماء واللغات (٤٦/٣) .

(٤) ما بين المكوّفين ساقط من (ح) ، (م) . (٥) حرف الواو ساقط من جميع النسخ .

(٦) انظر هذا في أسس المطالب شرح روض الطالب (٢٩٠/٢) حاشية الشيخ سليمان على الجمل (٤٢٢/٣) .

١٥٧١٨ - قلنا : لو صح ما ذكرتموه لوجب إذا أقر بالعين المرهونة أنها لغيره أن يعطل حق المرتين ، لأنه متهم في إقراره ولكن إذا قال هذا العبد ^(١) رهنه عند فلان وإن عدا في حقه ، ويقبل إقراره فلما لم يقبل علم أن إبعده عن التهمة ^(٢) لا يوجب قبول قوله في إسقاط حق .

١٥٧١٩ - ولأن المريض لو شهد لأبيه وابنه لم تقبل شهادته ، ^(٣) كما لا تقبل في حال الصحة للتهمة ، وإن كانت التهمة في إحدى الحالتين أبعد من الأخرى .

١٥٧٢٠ - قالوا : المرض ^(٤) يؤثر في التبرع ولا يؤثر في الواجبات ، ولهذا لو اعتن المريض أو حاشى كان من الثلث . ولو أقر كان من جميع المال . وإذا أبرأ ^(٥) المريض في التبرع دون غيره جاز [إقراره] ^(٦) .

١٥٧٢١ - قلنا : إقراره جائز بلا خلاف ، والكلام في تساوي الديون أو تقديم بعضها على بعض . وهذا المعنى قد يوجد في ديون الصحة كذلك يجوز أن يوجد في دين الصحة والمرض .

١٥٧٢٢ - قالوا : قد قلتم إنه لو تزوج وطلق قبل الدخول كانت المرأة مساوية لفرءاء الصحة فيما وجب لها من المهر . وكذلك لو استقرض مالاً يبيته أو أئلف مالاً على إنسان ثبت له الحق مساوياً لغريم الصحة ، كذلك ما ثبت عليه بإقراره .

١٥٧٢٣ - قلنا : إما إذا استقرض أو ابتاع فلم يخرج من ملكه شيء إلا بعوض ، تتعلق حقوقهم به وهو غير ممنوع من أعيان المال ، وإنما منع إبطال معناها . وأما الترويج فلأنها فلأنها منفعلة يختص بها المريض ، وله أن يصرف ماله في المنافع التي يختص بها ، وإن تعلق حق العرماء بالمال بعد الموت . ولأن المهر لا يثبت بقوله [وإنما يثبت بعقد النكاح ، فإذا ثبت وهو لا ينفك عن المهر يثبت من طريق الحكم ، والكلام

= الإتياع (٥١/٢) . (١) في (ع) ، (م) : [الرهن] .

(٢) المراد بالتهمة ما إذا قامت قرينة دالة على أن مراده إضرار الورثة أو العرماء وأنه كاذب في ذلك الإقرار كما لو أشهدت المرأة شهوداً على نفسها لأنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج ، أو أشهد الرجل شهوداً على عهده بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد والشهود يطمعون ذلك ، وسعهم أن لا يقبلوا الشهادة

انظر عقود الدرية (٥٥/٢)

(٣) شهادة الوالد لولده والولد لوالده لا تقبل لوجود التهمة . انظر الهناية (١٢٢/٣) .

(٤) وفي (ع) ، (م) : [المريض] . (٥) في (م) : [أبرأ] .

(٦) ما بين المكونين ساقطة (ع) ، (م) . انظر هذا في الجمل على شرح المنهج للأصمري (٤٣٢/٣) .

فيما يثبت بقوله [(١) وما يسقط به حقوق الغرماء .

١٥٧٢٤ - فأما الإلتلاف فإنما يجب عوضه من طريق الحكم لا بقوله ، وإنما بفعل الإلتلاف وهو لا يملكه فيثبت بحكمه ضمان العوض . وهذا الثبوت لا تهمة فيه فسأرى ديون الصحة .

• • •

(١) ما بين المكتوفين ساقط من (ع) ، (م) .

حكم إقرار المريض للوارث

- ١٥٧٢٥ - قال أصحابنا : إقرار المريض لوارثه باطل إن مات في مرضه ^(١) .
 ١٥٧٢٦ - وهو أحد قولي الشافعي ^(٢) . وقال في قول آخر ^(٣) : إقراره جائز ^(٤) .

- (١) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١١/٤) ، بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، البناء على الهدية (٥٩٢/٨) ، نتائج الأفكار (٣٨٧/٨) ، المبسوط (٢٤/١٨) ، الاعتصام (١٨٣/٢) هذا إذا لم يصدقه الورثة . أما إن صدقه الورثة فصحيح ! وبه قال المالكية وأحمد في أصح الروايتين وقال الرادوي : هذا هو المذهب بلا ريب وعليه حماهير الأصحاب وهو قول شريح القاضي وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو حاتم . إلا أن المالكية قيدوا ذلك بوجود التهمة فإن أقر المريض لوارث قريب مع وجود الأبعد أو المساوي كان الإقرار باطلاً ، وإن أقر لوارث بعيد كان صحيحاً إن كان هناك وارث أقرب منه ، سواء كان ذلك الأقرب حائزاً للمال أم لا . وإن أقر لقريب غير وارث كالحال أو لصديق ملاطف أو مجهول حاله صبح الإقرار إن كان لذلك المقر ولد أو ولد ولد ولا فلا . وأما لو أقر لأجنبي غير صديق كان الإقرار لازماً . وإن أقر المريض لوارث أبعد فصح مطلقاً ويلزمه الإقرار بلا قيد ، لانعدام التهمة . وبهذا فإن المريض يصح إقراره إذا لم يتهم ويطل إنفااتهم . انظر حاشية الدسوقي (٣٩٩/٣) ، بلمة السالك (١٩٠/٢ ، ١٩١) ، بداية المجتهد (٢٨٥/٢) ، مواهب الجليل مع النجاشي والإكليل (٢١٨/٥ - ٢٢١) ، الذخيرة (٢٦٣/٩) ، والمغني مع الشرح الكبير (٣٤٤/٥) ، الفروع (٦٠٨/٦) ، الإنصاف (١٣٥/١٢) .
- (٢) انظر مني المحتاج (٢٤٠/٢) ، نهاية المحتاج (٧٠/٥) ، المذهب (٤٤٠/٢) ، الحارثي الكبير (٣٠/٧) ، وصارفة الشريسي : « إن أقر المريض لوارثه بالإقرار لا يصح لأنه منهم بحرمان بعض الورثة الخلاف في الصحة أما التحريم فتعد قصد الحرمان لا شك فيه كما صرح به جمع ، منهم الثعالبي في فتاويه وقال : إنه لا يحل للمقر له أخيه ، وإذا أدعى بقية الورثة على المقر له أنه لا حقيقة لإقرار مورثهم له فأحلف عليه أن يحلف ، وإن نكل حلف فيه الورثة ، وقاسموه ، ولذلك اختار الروياني مذهب مالك » .
- (٣) قال الماوردي : « إقراره في الصحة لازم كالأجنبي . وأما إقراره للوارث في المرض المخوف فإن صح من مرضه لزمه إقراره . وإن مات منه ، فقد ذكر الشافعي لزوم إقراره . واختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المزوي في غير الشرح يخرجه على قولين : أحدهما لازم والثاني باطل ، وهو اختيار ابن أبي هريرة : بجعل إقراره للوارث لازماً قرلاً واحداً ويجعل ما قاله من بطلان إقراره حكاية عن مذهب غيره » . انظر الحسوي الكبير (٣٠/٧) ، للمذهب (٤٤٠/٢) ، الإنصاف لابن المنذر النيسابوري ص ٣٨٣ ، مني المحتاج (٢٤٠/٢) ، والصحيح في المذهب أنه جائز وليس باطل ، وبه قال الإمام أحمد ابن حنبل في رواية أخرى . انظر المحي مع الشرح الكبير (٣٤٤/٥) والإنصاف (١٣٥/١٢) .
- (٤) منشأ الخلاف بين الحنفية والشافعية في الإقرار هو : أن الشافعية قالوا : إن الفعل إذا وجد مطابقاً لظاهر-

١٥٧٢٧ - لنا : ما روي عن ابن عمر ^(١) أنه قال : إذا أقر المريض لوارثه لم يحرم وإن أقر لأجنبي بجميع ماله جاز ^(٢) ذكره ^(٣) محمد في (الأصل) ^(٤) .

١٥٧٢٨ - ومن أصحابنا من روى عن عمر [رضي الله عنه] مثله ^(٥) ولا نعرف لهما محالفاً ، ولأنه لو أقر لوارثه في مرض موته [لم يصح] ^(٦) فلم يصح إقراره ، أصله السفه .

١٥٧٢٩ - ولأنه نفع وارثه في ماله في حال مرضه فيما لا يعلم سبه إلا بقوله ، فصار كهفته ^(٧) ولأنه مال أثبت لوارثه في مرض موته بقوله ، لا يعلم سبه إلا به ، فصار كهفته ووصيته ^(٨) .

= الشرع حكم بصحته ، ولا تعتبر التهمة في الأحكام ، لأن الأحكام تتبع الأسباب الحلية دون المعاني الخفية . وقال الحنفية : كل فعل تمكنت التهمة فيه حكم بمساده لتعارض دليل الصحة والمصاد . انظر تخريج الفروع على الأصول للزنجاني تحقيق د . محمد أدب صالح ص ٢١٢ . ط مؤسسة الرسالة .

(١) هو أبوعبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه القرشي العدوي ، أحد الصحابة الأجلاء ولد سنة ٣ من البعثة وأسلم وهو صغير ، هاجر قبل أبيه أو معه ، شهد المواقع مع رسول الله ﷺ من غزوة الخندق وهو ممن بايع تحت الشجرة وأحد الستة المكثرين من الرواية عن رسول الله ﷺ ، توفي ٧٣ هـ انظر أسد الغابة (٢٣٦/٣ - ٢٤١) ، الإصابة (٣٤٧/٢ - ٣٥٠) ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء (٢٩٢/١) ، تذكرة الحفاظ (٣٧/١) ، سير أعلام النبلاء (٢٠٣/٣ - ٢٢٩) .

(٢) أخرجه الزيلعي في كتابة نصب الراية وعبارة عن عمر رضي الله عنه أنه قال : إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ، قال الزيلعي : غريب . انظر نصب الراية (١١١/٤) . هذا وقد روي خواهر زاده مثله في مبسوطه عن ابن عمر أيضاً . وكذا روي في الأصل عن يعقوب بن عبد الله الباقع عن ابن عمر كما روي عن عمر كما في الهداية والكافي وغيرهما ، فيجوز أن يكون مروياً منهما . ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب بدائع الصنائع حيث قال : ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله عنه أنهما قالا : إذا أقر المريض لوارثه لم يحرم وإن أقر لأجنبي وإن أحاط ذلك بماله جاز ، هذا الأثر مثل الخبر فلا بد أن ابن عمر قد سمعه من النبي ﷺ وقول الراشد من فقهاء الصحابة مقدم عند الحنفية على القياس . يدل هذا الأثر على بطلان إقرار المريض لوارثه وجواز إقراره لأجنبي . انظر الهداية (١٨٩/٣) ، المبسوط (٢٤/١٨) ، تبين الحقائق (٢٦/٥) ، حاشية الشلبي عليه ، بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، نتائج الأفكار (٣٨٨/٨ - ٣٨٩) .

(٣) الضمير المذكور المتصل بالغالب ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين القوسين يدل على جاء في النسخ بلفظ : في الأصول . وكتاب محمد بن الحسن الأصل أو لمبسوط معروف مشهور . انظر : كشف الظنون ١٠٧/١ وما بعدها والفهرست ٢٨٧ وما بعدها .

(٥) قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن إقرار المريض في مرضه بالدين لغير وارث جائز إذا لم يكن عليه دين في الصحة . انظر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، كتاب الإجماع للإمام ابن المنذر ص ٣٨ .

(٦) ما بين المكنوزين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) . (٨) انظر تبين الحقائق (٢٥/٥) .

١٥٧٣٠ - فإن قيل : لم يثبت وإنما أخسر عن وجوب سابق .

١٥٧٣١ - قلنا : إذا لم يعلم بقدوم الوجوب فإنما أثبت بقوله .

١٥٧٣٢ - فإن قيل : لا يمنع ^(١) أن لا يجوز تبرعه ويجوز إقراره ، كما أن الأجنبي يجوز التبرع عليه في جميع محل التبرع ، ويجوز الإقرار له في جميع محل الإقرار . إلا أن محل التبرع الثلث ومحل الإقرار جميع المال ، والوارث لا يجوز التبرع عليه من محل التبرع وهو الثلث فلم يجوز الإقرار له في محل الإقرار . وهذه مبنية على أصل أي حنيئة أن عقود ^(٢) المرض مع وارثه لا يصح ^(٣) ، ومتى لم يصح منه سب الإقرار لم يصح منه الإقرار كالعبد المحجور إذا أقر ^(٤) .

١٥٧٣٣ - وهذه المسألة مبنية على أن المريض محجور عليه في حق وارثه . بدلالة أن الثلث الذي يملكه ^(٥) ، ولا حق لأحد فيه لا يجوز وضعه في وارثه . وهذه صفة الحجر أن يمنع الإنسان من التصرف في ماله مع عدم تعلق حق الغير به ^(٦) .

١٥٧٣٤ - ولا يقال : إنه ممنوع من التبرع فيما زاد على الثلث في حق الأجنبي وليس بمحجور عليه ، لأنه منع من التبرع / في (الزائد عن الثلث) ^(٧) لتعلق حق الوارث به .

١٥٧٣٥ - ومن منع من التصرف في مال ^(٨) لتعلق حق الغير به لم يكن محجوراً [عليه] ^(٩) كالرهن ، ولو كان المنع لهذه العلة حجراً لكان جميع الناس محجوراً عليهم لأنهم ممنوعون من التصرف في حقوق غيرهم ^(١٠) .

(١) في (ص) : [لا يمنع] ، والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) : [عقود] ، وفي (م) : [حقوق] .

(٣) لأن معاملة المريض مع الوارث نادرة إذ يمكن التحرز عنه من غير حرج ، لوجود التهمة . انظر تبين الحقائق (٢٥/٥) .

(٤) هنا قول زفر بن الهذيل والصاحبين حيث قالوا : لا يصح إقرار العبد المحجور ، وقد ناسوه على أمر غير متفق عليه . انظر حاشية الشافعي على تبين الحقائق (٩٢/٥) ، حاشية ابن عابدس (١٦٣/٨) ، الهامية (٧/٤) .

(٥) أي يملك تبرعه .

(٦) وحقيقة الحجر هي منع التصرفات القولية ذلك أن الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين . انظر تبين الحقائق (١٩٠/٥) ، الميسر (٣١/١٨) .

(٧) ما بين القوسين زائد والبيان يقتضيه . انظر الكتب للشيرازي ورقة ٣٠٨ (ب) .

(٨) في (ع) ، (م) : [في ماله] . (٩) ما بين المكونتين ماقط من (ع) ، (م) .

(١٠) في (ع) ، (م) : [عدمهم] . هذا خطأ والصواب ما أثبتناه .

١٥٧٣٦ - فإن قيل : لو كان المنع من التصرف في الثلث لحق الورثة لمع من التصرف فيه بالواجبات ، كما يمنع في الرهن .

١٥٧٣٧ - قلنا : إذا أقر بان إقراره أنه لا ملك له ، وحق الورثة يتعلق بثلثي ماله وإذا بان بالإقرار أن لا مال له لم يتعن حقهم بشيء مما في يده . وإذا ثبت أنه محصور عليه حتى حقه لم يجز إقراره كالصبي في حق جميع الناس .

١٥٧٣٨ - احننوا : بقوله تعالى : ﴿ لِيُؤْمِنُوا بِآيَاتِنَا وَلِيُحَنِّنُوا إِلَيْهِمْ قُلُوبَهُمْ وَأَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حَبْرَةٌ ﴾ (١) وبقوله تعالى : ﴿ كَرِهْنَا قَوْمًا يَتَّبِعُوا شُهَدَاءَهُمْ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ ﴾ (٢) وبقوله تعالى : ﴿ فَلْيَقْدِرْ لِنَفْسِهِ بِالسَّلَاسِ ﴾ (٣).

١٥٧٣٩ - والجواب : أن هذا يدل على جواز إقرار الإنسان ، ولا يدل على قبول قوله في حق غيره ، فالخلاف في قبول إقراره في حق ورثته .

١٥٧٤ - وقوله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ ﴾ ^(١) يعني بالعدل ، والشاهد بالعدل هو الذي لا يلحقه نعمة ، والمرضى عندنا منهم فيما يقر به ^(٢) .

١٥٧٤١ - قالوا : من صح إقراره له في صحته صح إقراره [له] ^(٦) في مرضه ، كالأجنبي ، أو من صح إقراره للأجنبي ^(٧) صح للوارث . أصله : الصحيح ^(٨) .

١٥٧٤ - قلنا : إنما صح إقراره له في الصحة ، لأنه لو نقل ملكه إليه بالتبرع المتأصح ، فلم يهتم في الإقرار ، لأنه لو كان كاذباً لعدل ^(١) إلى التملك المبتدأ وحصل له به المال . ألا ترى أنه من خبيرين أمرين لم يجوز أن يعدل عن المباح ^(٢) منهما إلى

(١) سورة القيامة : الآية ١٤ . (٢) سورة النساء : الآية ١٣٥ .

(٣) من آية الدين رقم (٢٨٢) سورة البقرة . وجه الدلالة من الآيات : أن الشهادة على النفس إقرار ، وذلك عام في جميع الأحوال ، ولكل أحد والتخصيص يحتاج إلى دليل ، ولا دليل على ذلك ثبت المدعى . انظر الفهرسة للفرائد (١ / ١٦٩) . (٤) سورة المائدة : الآية ٨ .

(٤) صورة الخالدة : الآية ٨ .

(٥) كما أن المريض منهم عد الشافعية في قول ، حيث جاء في مضي المحتاج (٢٤٠/٢) النص على ذلك بعبارة : « وفي قول لا يصح إقرار المريض بمرض الموت لو ارث ، لأنه منهم يحرمان بعض الورثة » .

(٦) ما بين المكوئين سالط من (ع) ، (م) . (٧) في (ع) ، (م) : [كالأحيى] .

(٨) انظر هذا المعنى في المذهب (٢٤٠/٢) ، الحارثي الكبير (٣٠/٧) .

(٩) في (ع) ، (م) : [بالمدل] .

(١٠) المباح مشتق من الإباحة وهي الإظهار والإعلان وبأي معنى الإذن والإطلاق ، يقال أباحت كذا أي أطلقتها فيه وأذنت له . وأما في الشرع : فهو ما دل الدليل السمعي على عتاق الشارع بالتصريح فيه من العمل .

١٥٧٤٣ - وأما في المرض فهو لا يملك نقل ملكه إليه بالتبرع ، فاتهم أن يكون أراد تحصيل المال له ، فعدل عما لا ينفذ إلى الإقرار [بوجوب سابق . وأما الأحبي فلا تلحقه تهمة في حقه فيملك إيجاب التبرع له في جميع محل التبرع فيملك الإقرار] ^(١) له في محل الإقرار . وفي الوارث تلحقه تهمة في حقه بدلالة أنه لا يملك التبرع عليه في محل التبرع ، فلم يملك الإقرار له في محل الإقرار . تبين ذلك أن الغالب أن الإنسان يؤثر بعض ورثته ويفضلهم ، ^(٢) وليس الغالب أن الإنسان يؤثر تحصيل ما زاد على تلك الأجنبي ويمنع بذلك وارثه ^(٣) .

١٥٧٤٤ - قالوا : يصح إقراره للوارث كالصحيح . وهذا إقرار ؛ لأنه إذا أقر لوارث لثبت النسب والتوارث والولاية ، وإذا أقر لوارث فقد أثبت حقا واحدا ^(٤) .

١٥٧٤٥ - قلنا : هذا يطل على الصحيح من مذهبهم بالمحجور [عليه] ^(٥) بالسفه والدين ؛ يملك الإقرار بالوارث ولا يملك الوارث .

١٥٧٤٦ - ومنهم من التزم ^(٦) هذا ، وقال : لا يصح إقرار المحجور بسبب ، ثم هذا لا يصح ، لما قدمنا في المسألة الأولى أن الإنسان لا يحجر عليه في الإقرار بالنسب مع صحة القول ، ويحجر عليه في [الإقرار] ^(٧) في التصرف في المال ، فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

١٥٧٤٧ - ولأنه إذا أقر بالوارث حصل ابتداء الإقرار له وهو أجنبي ، وإذا أقر للوارث حصل إقراره له وهو وارث .

١٥٧٤٨ - ولأن المورث لا يتهم في أنه يستلحق بولد ليس منه ويتهم أنه موجب

= والفرق ما غير بدل . وقال المرحلي : ما استوي طرفاه ، انظر التعريفات ص ٢١٠ والإحكام في أصول الأحكام (٩٤/١) .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في جميع النسخ « تفضله » بدلا من « يفضلهم » المثبتة في المتن .

(٣) انظر تبين الحقائق (٢٥/٥) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٣٠/٧) ، للمهذب (٤٤٠/٢) .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٦) في (ع) ، (م) : [ألزم] .

(٧) ما بين المكوفين ساقط من (م) والصواب ما أثبتاه كما في (ع) ، (م) .

لوارثه ما ليس له ، قصد إلى منفعة فلذلك اشترق الأمران .

١٥٧٤٩ - ولأن الإقرار بالنسب ليس بإقرار بمال ويجوز أن يقضي إلى مال [ويجوز أن لا يقضي] ^(١) .

١٥٧٥٠ - وقد يقبل ^(٢) في السبب المقتضي إلى معنى لا يقبله في ذلك المعنى شهادة القابلة للولادة المؤدية إلى ثبوت الإرث وأنه لم يقبل في الإرث .

١٥٧٥١ - قالوا : المريض غير متهم فيما يقر به ، لأنه حال مفارقة الدنيا والمصير إلى الآخرة ^(٣) وقد أجبنا عن هذا الكلام في المسألة التي قبل هذه .

١٥٧٥٢ - قالوا : لو كانت الوصية ^(٤) جائزة فلا شك أن الإقرار كان جائزاً لأن الإقرار أبعد من الوصايا ، ولم تستحب الوصية للوارث فيقي الإقرار على ما كان عليه .

١٥٧٥٣ - قلنا : لا تعلم هذا ويجوز أن تكون الوصية جائزة والإقرار لا يجوز . ثم الوصية إما كانت تجوز لجميع الورثة ولم تكن جائزة لبعضهم دون بعض ، فيجب أن يكون الإقرار فيه جائزاً على هذا الوجه ، فتستحب الوصية ويبقى الإقرار .

١٥٧٥٤ - وعندنا يجوز الإقرار لجميع الورثة ، ويخبرون بين أخذ المال بالإقرار والإرث .

١٥٧٥٥ - قالوا : المريض مأمور بالتخص من الديون وإيصالها إلى مستحقها ، فإذا كان عليه دين لوارثه فقد أمر بإيصاله إليه ، فيستحيل أن يكون مأموراً بذلك ، وإذا ثبت

(١) بين لمعكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) في (ع) ، (م) : [قبل] .

(٣) انظر أسنى المطالب (٢٩٠/٢) ، الإجماع (٥٢/٢) ، الحارثي الكبير (٣٠/٧ ، ٣١) ، وبرد الماوردي على الحنفية بأن الإنسان في مرض الموت في حال يجنب الإنسان فيها المعاصي ويخلص الطاعة ولذلك قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه في عهده إلى عمر : هنا ما عهد به أبو بكر خليفة رسول الله ﷺ عند آخر عهده بالدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكفار ويتني فيها الفاجر .

(٤) الوصية بمعنى العهد والاتصال ، تقول وصاء توصية أي عهد به أو إليه ، ووصى الشيء يصيه إذا توصله به ، وأرض وأصبة كثيرة النبات ، وسمى هذا التصرف وصية لما فيه من وصل للقرابة الواقعة بعد الموت بالقرابات المجردة في الحياة . يقال أوصيت له أو إليه : جعلته وصياً يقوم بمسئله بعده ، والوصايا جمع الوصية .

انظر المصباح المنير (٨٢٧/٢) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٩٦/٣) ، القاموس المحيط (٤٠/٤) ، الصحاح للجوهري (٢٥٢٥/٦) ، وفي الاصطلاح هي اسم لما أوجبه الوصي في ماله بعد موته ، وعرفها المحرمان أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت . انظر بدائع الصنائع (٣٣٣/٧) ، التصريفات ص ٢٦٤ ، مجمع الأثر (٦٩١/٢) . انظر الحارثي الكبير (١٩٠/٨) .

لم يقبل منه .

١٥٧٥٦ - قلنا : هو مأمور بإيصال الحق إلى وارثه ، ويقدر أن يقضيه ^(١) دينه باطلاً ، ويوصله إليه فيخلص بذلك من مظلمته ، وإن كان لو أقر لم يقبل إقراره . كما أن الوصي إذا كان شاهداً على الميت بدین ، وليس معه شاهد غيره فهو مأمور سراً بإيصاله إلى مستحقه لتخليص الميت ، ولو أظهر ذلك وأقر به لم يقبل قوله [فيه] ^(٢) ولم يثبت به الدين وإن كان مأموراً [بالقضاء] ^(٣) .

• • •

(١) هكذا في جميع النسخ لعل الصواب يلغضي .

(٢) ما بين للمكوفين ساقط من (ح) ، (م) .

(٣) ما بين للمكوفين ساقط من (م) .



حكم قضاء المريض المديون بعض غرماء الصحة دون البعض

١٥٧٥٧ - قال أصحابنا : إذا قضى [المريض ^(١) المديون] ^(٢) بعض غرماء الصحة دون بعضهم لم يصح القضاء ^(٣) .

١٥٧٥٨ - وقال الشافعي : يصح ^(٤) . وهذا مبني على أصلنا أن حق الجميع تملك بالمال على وجه واحد فلا يفرد بعضهم بالقضاء دون بعض . أصله الدين إذا كان به رهن ^(٥) ولأنها حالة يعتبر العتق فيها من الثلث فلا يجوز أن يفرد بعض الغرماء بالقضاء . أصله بعد الموت . ولا يلزم إذا [قضى] ^(٦) دين الصحة ، وهناك دين في المرض ، لأن ذلك يجوز بعد الموت أيضاً ، فاستوى الفرع ^(٧) والأصل ^(٨) .

(١) ما بين المكونين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتته كما في (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) أي أداء الدين . انظر هذه المسألة في الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن ص ١٣٠ ط دار إحياء التراث العربي بيروت ، الهداية (١٨٩/٣) ، فتاوى الأئمة (٣٨٥/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧) ، (٢٢٦) ، المبسوط (٢٨/١٨) ، تبين الحقائق (٢٤/٥) ، وعبارة المرغباني « ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في ذلك الإضرار للبعض بإبطال حق الباقي . وغرماء الصحة والمرضى في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه ، أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علمه بالنية » وبه قال المالكية . جاء في المدونة الكبرى « رأيت إن قضى بعض غرمائه دون بعض في مرضه أيجوز ذلك ؟ قال . لا يجوز ذلك له إذا كان الدين ينفق ماله » وبه قال بعض الحنابلة وهو ظاهر كلام الحنفية واختيار النسي . انظر المدونة الكبرى (٥٨/٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٤٣/٥) .

(٤) انظر إحصاوي الكبير (٦٩/٧) وعبارته : « إذا ضاق مال المريض عن قضاء ديونه ، تقدم بعض غرمائه بدية قضاءه لم يشركه الباقون فيه . وبه قال بعض الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣١٢/٥) . (٥) فإن مال المريض صار كالمرهون في حقهم وأعطاه لبعض الغرماء دون البعض لإثارة منه لبعضهم بعد ما تعلق حقهم جميعاً به ، فهو نظير إثارة بعض الورثة بالهبة والوصية له بعد ما تعلق حق الورثة . انظر المبسوط (٢٨/١٨) ، تبين الحقائق (٢٤/٥) ، بدائع الصنائع (٢٢٦/٥) .

(٦) ما بين المكونين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٧) الفرع هو المقيس والمقنن المقتضى عند الفقهاء ، لأن القياس حاصله : اعتبار الفرع بالأصل . وجمعه مروع . وهو من أركان القياس ، وهو من كل شيء أصله ، وهو ما يتفرع من أصله . انظر التصديقات ص ١٢ ، للمصباح المثير (٥٦٢/٢) مادة فرع ، مختصر المتصفي (٣٠٨/٢) ، البحر المحيط (٩٦/٧) .

(٨) الأصل هو ما ينشئ عليه غيره ، وجمعه الأصول ، وهو عبارة عما يُتَّفَرَّقه إليه ، ولا يُتَّفَرَّقه هو إلى غيره .

حكم قضاء المريض المديون بعض غرماء الصحة دون البعض ٣٢٠٩/٧

١٥٧٥٩ - ولأن القضاء فعل يصح في حال المرض [ويصح أن يفعل عنه بعد الموت بأمره ، فكان فعله بعد الموت وفي حالة المرض] ^(١) سواء ، أصله العتق .

١٥٧٦٠ - احتجوا : بأنه قضى ^(٢) دينه ، وهو من أهل القضاء ، فصار كحال الصحة ^(٣) .

١٥٧٦١ - قلنا : لا نسلم أنه من أهل القضاء على الإطلاق ، [وإنما هو من أهل القضاء] ^(٤) على صفة مخصصة ، والمعنى في حال الصحة : أنه يملك أن يزول ملكه على طريق التبرع ، فيملك أن يفرد بعض الغرماء بالقضاء . ولما كان في حال المرض لا يملك مع الدين أن يتبرع بماله لم يملك أن يفرد ^(٥) بعض غرماء الصحة بالقضاء .

١٥٧٦٢ - قالوا : يملك قضاء الجميع فملك قضاء البعض كحال الصحة ^(٦) .

١٥٧٦٣ - قلنا : إذا قضى الجميع فلم يُشَقِّطْ حق بعضهم . وإذا أفرد بعضهم فقد أسقط حق الباقيين . وحكم ^(٧) الأمرين مختلف ؛ بدلالة الرهن إذا كان عند جماعة فلم يديهم جاز ، ولو أفرد به بعضهم لم يجز ^(٨) .

١٥٧٦٤ - ولأنه إذا قضى الجميع لم تلحقه تهمة وإذا أفرد بعضهم فإنه متهم . وتصرف المريض لا يصح مع التهمة ويجوز مع عدمها ^(٩) .

= رمي الاصطلاح : عبارة عما يني عليه غيره ، ولا يني هو على غيره ، والأهل ما ثبت حكمه بنفسه ، ويبنى عليه غيره . انظر التعريفات ص ٤٩ ، ٥٠ .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) في (ع) : [قضاء] .
(٣) انظر الحاوي الكبير (٢٩/٧) وعبارته : لأن من صح منه الأداء مع وجود الوفاء صح منه الأداء مع العجز كالصحيح طردًا والصغير عكسًا .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) في (ع) ، (م) : [لو أرك] .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٢٩/٧) .

(٧) في (ع) ، (م) : [لحكم] .

(٨) انظر الهداية (١٨٩/٣) ، بدائع الصنائع (٢٢٦/٧) .

(٩) انظر نتائج الأمكار (٣٨٧/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧) ، تبيين الحقائق (٢٤١/٥) .



الإقرار للحمل

- ١٥٧٦٥ - قال أبو يوسف : إذا أقر لحمل امرأة ^(١) بدين مطلق لم يصح الإقرار . ولو أقر بسبب معين ، فقال : له عندي ميراث أبيه أو وصيته من فلان جاز ^(٢) .
- ١٥٧٦٦ - وقال محمد : إذا أطلق الإقرار للحمل صح ^(٣) .
- ١٥٧٦٧ - وللشافعي في الإقرار المطلق قولان : أحدهما مثل قول أبي يوسف ، والثاني مثل قول محمد ^(٤) .

(١) يصح الإقرار للحمل عند من أجازه شرعية وجروده وقت الإقرار ويعلم ذلك إذا جاءت المرأة بالولد في مدة يعلم أنه كان موجوداً قبل الإقرار ، فيزوم لصحة الإقرار أن تأتي بالولد لأقل من ستة أشهر إذا كانت ذات زوج ، أو لأقل من سنتين من وقت الفراق إذا كانت متحدة . فيحكم حينئذ بجهت النسب ، ويكون ذلك حكماً بوجوده في البطن حين موت المورث أو الوصي ، فلا يصح الإقرار إلا لحمل يتبين وجوده عند الإقرار . انظر حاشية قرّة العيون (١٣٢/٨) ، حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) ، تبين الحقائق (١٢/٥) ، نتائج الأفكار (٣٤٦ ، ٣٤٥/٨) .

(٢) انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٥/٨ - ٣٤٨) ، حاشية قرّة العيون (١٣٢/٨) ، ١٣٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) ، الميسرة (١٩٧/١٧) ، بدائع الصنائع (٢٢٣/٧) ، تبين الحقائق (١٢ ، ١١/٥) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٩/٤) . وذكر القاضي زاده : بأن أبا حنيفة مع أبي يوسف في هذا الرأي في قول ضعيف ، ووجهه : أن الإقرار المبهم له جهة الصحة ، لأنه إن كان يصح بالحمل على الرخصة والإقرار يفسد بالحمل على البيع والعصب والقرض فلا يصح مع الشك مع أن الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك في وجه واحد يمنع صحة الإقرار فمن وجهين أولى فطر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) .

(٣) انظر المراجع السابقة وهو قول الإمام مالك والإمام الشافعي في الأصح والإمام أحمد في الصحيح وهو اختيار ابن حامد . انظر حاشية الدسوقي (٤٠١/٣) ، مواهب الجليل (٢٢٣/٥) ، شرح المحرشي (٩٠/٩) ، الدخيرة (٢٦٦/٩) ، الأم (٢٤٤/٣) ، مختصر المزني مع الأم (١٤٣/٣) ، الحاوي (٣٤/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، معني المحتاج (٢٤١/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٦/٥) ، الإنصاف (١٥٦/١٢) ، (٤) انظر كتاب الأم (٢٤٤/٣) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، نهاية المحتاج (٧٤ ، ٧٣/٥) ، معني المحتاج (٢١١/٢) ، الحاوي الكبير (٣٤/٧) . قال الماوردي : فإن عراه إلى جهة كقوله له علي إرث من أبيه أو وصية من موسى صح الإقرار ولزم ، وإن أرسله وأطلقته فهي صحته قولان : القول الأول : الإقرار باطل ، هذا القول يوافق قول أبي يوسف لأن إثبات الحقوقي يجري بين الأشياء الموجودين عائناً وذلك منتف عن الحمل مبطل بعاب هذه الخال أن يصح له إقرار . القول الثاني : أن إقراره صحيح وهذا أصح القولين وهو يوافق قول محمد بن الحسن

- ١٥٧٦٨ - قالوا: وهو الصحيح^(١) أما إذا بين فقال: اقترضت منه فهو^(٢) على قولين^(٣).
- ١٥٧٦٩ - [إن]^(٤) قلنا: المطلق لا يصح فهذا إقرار وإن قلنا المطلق يصح فهذا على قولين^(٥) بناء على قوله إذا وصل بإقراره ما يقره فيه قولان^(٦).
- ١٥٧٧٠ - لئلا: إنه إقرار وقع للحمل فلا يصح، أصله إذا خرج ميتاً ومات المقر قبل أن يبينه^(٧).

- (١) انظر الحاوي الكبير (٣٤/٧)، المهذب (٤٤٠/٢)، الصحيح في اصطلاح الشامية قال الإمام النووي: بحيث أقول الأصح أو الصحيح من الوجهين أو الوجهين فإن قوي الخلاف قلت الأصح المشر بصحة مقابلة ولا فالصحيح. انظر روضة الطالبين (٦/١)، نهاية المحتاج (٤٨/١، ٤٩)، مسمى المحتاج (١٢/١). يلاحظ أن الإمام القدوري إنَّه نهج الماوردي في ذكر الاصطلاح والصواب هو بي الأطهر، لأن الخلاف منقول عن الإمام الشافعي أما إن كان الخلاف بين الأصحاب فيقال في الصحيح أو الأصح، وهذا هو ما عبر به صاحب معنى المحتاج.
- (٢) وإن عزم إلى جهة مستحيلة كقول: اقترضت منه وإن القرض مع الجنين لا يتصور فإذا وصل الإقرار بها فإن قيل يبطلان إقراره مع الإطلاق فهذا إن وصفه بالخال أبطل، فإن قيل بصحة إقراره مع الإطلاق ففيه إذا وصله بصحة مستحيلة قولان: من تبعض الإقرار فيما قال ضمنت ألقاً عليّ أنني بالخيار، أحدهما: أن الإقرار لزم على ما تقدم والصلوة رجوع فلم يقبل، والثاني: أن الإقرار باطل، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض وحكم أوجه موقوف على آخره، غير أن قول الثاني صحيح يبطلان الإقرار حيث جاء في معنى المحتاج، وإن أسند إلى جهة لا يمكن في حقه فلفظ لقطع في كذبه في ذلك. انظر الحاوي الكبير (٣٤/٧)، معنى المحتاج (٢٤١/٢).
- (٣) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) و (م).
- (٤) قال الماوردي: وإن قلنا بصحة إقراره مع التقييد بالمسك أو مع الإطلاق في أسد القرويين فيحيد بكون الفرع عليه. انظر الحاوي (٣٤/٧).
- (٥) تحرير محل النزاع: الإقرار لما في البطن على ثلاثة أوجه: أحدها أن بين سبياً صالحاً مستقيماً بأن يقول لما في البطن فلان علي ألف درهم من جهة ميراثه عن أبيه فاستهلكته أو وصية أوصى به فاستهلكته فهذا صحيح، لأنه بين سبياً مستقيماً أو عاينه حكماً بوجوب المال عليه مكنكلاً إذا ثبت بإقراره هذا، والوجه الثاني أن بين سبياً بمستحيل بأن يقول لما في البطن فلان علي ألف درهم ثمن بيع بائنه أو قرض اقترضته فهذا باطل، لأن للمباينة والإقراض لا يتصور من الجنين حقيقة ولا حكماً. والثالث أن يقر للجنين مال مطلق من دين أو غير فيقول لما في البطن فلانة على ألف درهم أو عهدا النين ملك لما في البطن فلان، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: الأول: هو قول الإمام أبي يوسف وقيل هذا قول أبي حنيفة أيضاً والشافعي في قول وأبو الحسن النخعي من مخالفة بأنه باطل إلا أن بين سبياً، والثاني: هو ما ذهب إليه الإمام محمد والإمام مالك والشافعي في الأصح والمخالفة في الصحيح أن الإقرار للحمل صحيح. انظر المبسوط (١٩٦/١٧، ١٩٧)، الدخيرة (٢٦٦/٩)، الحاوي (٣٣/٧)، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٦/٥).
- (٦) يماض هذا أن الإقرار للحمل يصح لأن الإقرار صدر من أمه مضافاً إلى محله ولم يتغن بكذبه فيما أقر به =

١٥٧٧١ - [و] ^(١) لا يلزم إذا ورثه من أبيه أو أوصى به فلان ؛ فإن هذا إقرار للميت أو ^(٢) الوصي .

١٥٧٧٢ - ولأنه إقرار مجهول ، لأنه لا يعلم هل هو واحد أو أكثر ، وهل هو ذكر أم أنثى ، فصار كإقراره لواحد من الناس ^(٣) .

١٥٧٧٣ - ولأن الحقوقي إذا ثبت للحمل وقعت على الولادة ، بدلالة الميراث والوصية . والإقرار لا يقف على الشروط ^(٤) .

١٥٧٧٤ - فإن قيل : الإقرار يقف على القبول .

١٥٧٧٥ - قلنا : الإقرار قد يصح ^(٥) ، والرّد يبطله ، والقبول يسقط المراجعة . فاما

= فكان صحيحاً ، فإن الإقرار كما هو معلوم إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء ، فإن خرج الحمل ميتاً عالاً للموصي أو المورث حتى يقسم بين ورثته لأنه إقرار في الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل منهما إلى الميراث بعد الولادة ولم ينتقل إليه ههنا ، لأنه مات قبل الولادة . فإن مات المفقّر قبل أن يبين مرجع تفسيره إلى الورثة فلا تناقض ، يصح الإقرار للحمل سواء أطلق أو بين السبب . ألا ترى أن جهالة المفقّر به لا تمنع صحة الإقرار بالاتفاق فكيف بمنها جهالة سبب المفقّر به . انظر نتائج الأمكار (٣٤٩/٨) ، المبسوط (١٩٧/١٧) ، الحاوي (٣٥/٧) .

(١) حرف الواو ساقط من جميع النسخ .

(٢) حرف أو ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٣) في الليل نظر ، نعم الإقرار للمجهول لا يصح ولكن هنا ليس كذلك ، لأنه إقرار لحمل امرأة معينة إما بالاسم كهنه أو بالإشارة كهنه وما شابه ذلك . فإن وصفت الحمل وكان الحمل واحداً فجميع الإقرار له ذكر أو كان أو أنثى سواء أكان الإقرار وصية أو ميراثاً ، وإن وضعت عدداً فإن كانوا ذكوراً لا غير أو إناثاً لا غير فالإقرار بينهم على السواء ، وإن كانوا ذكوراً وإناثاً نظرنا فإن كان الإقرار ميراثاً فهو بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كان وصية فهو بينهم بالسوية ، وإن لم يعلم حاله فهو بينهم بالسوية أيضاً لأن الأصل التساوي حتى يعلم سبب التفاضل ، فلو مات أحدهم بعد تولده كان على سقته في الميراث ، ويقسم بين ورثته على فراض الله . وإن وقع ميتاً سقط سهمه وكان الإقرار لمن سواه من الحمل ، فالاستدلال بأنه إقرار لمجهول كواحد من الناس لا يصح . انظر الحاوي الكبير (٣٦ ، ٣٥/٧) ، المبسوط (١٩٧/١٧) .

(٤) الشروط جمع شرط ، والشرط لغة هو تعليق أمر مستقبل بئله أو إرغام الشيء أو التزمه في البيع ، واصطلاحاً : هو ما يلزم من عدمه العلم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا العلم كالإرضاء شرط للصلاة . أو ما يتوقف عليه وجود الشيء وهو خارج عن صاحبه . انظر الصحاح للجوهري (١١٣/٣) ، القاموس المحيط (٣٩٠/٢) ، لسد العرب (٢٢٣٥/٤) ، الترمذيات ص ١٣٨ . ولكن هنا غير موقوف على شيء بل إنه يحتاج إلى مدّة وهي غرفة الجنين في بطن الأم حتى الولادة فلا يلزم الدور ، والتعليق أن تقول فلان علي مائة درهم ولا مدي حر بخلاف ما إذا قال : فلان علي مائة درهم إذا مت أو جاء رأس السنة ، لأنه في معنى بيان المدة فيكون تابعاً لها تعليقاً . انظر المبسوط (٧٩/١٨) .

(٥) في (ع) ، (م) : [صح] .

أن يصح الإقرار فلا (١).

١٥٧٧٦ - احتجوا : بأنه إقرار من جائز الأمر بما يمكن فوجب أن يحمل على الصحة . أصله إذا أقر لطفل أو لبائع ، فلا يطل إذا قال : لولد هذا الحمل علي كذا فإنه يمكن حمله على الصحة ، بأن يكون يوقف وقف عليه وعلي ولده .

١٥٧٧٧ - ومع ذلك لا يلزم ، والمعنى في الأصل : أن الإقرار يثبت له على طريق النقطع ، وليس كذلك الحمل ، لأن الإقرار يثبت له بشرطه (٢) .

١٥٧٧٨ - وقد ناقض (٣) أصحابنا هذا : بمن أقر لدابة فلان (٤) .

١٥٧٧٩ - فإن قالوا : الإقرار في الدابة لصاحبها (٥) .

١٥٧٨٠ - قلنا : وكذلك في الحمل الإقرار لم ينتقل إليه الشيء [من جهته] (٦) .

١٥٧٨١ - قالوا : حيث صح الإقرار بالوصية والإرث صح بالمال المطلق كالبائع (٧) .

(١) مل الإقرار لا يقف على القبول ، وثبت الملك له من غير تصديق ، لكن بطلانه يترقب على الإبطال . انظر حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٣٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢٢٣/٧) ، (٢٢٤) ، المبسوط (١٩٧/١٧) ، (١٩٨) ، نتائج الأفكار (٣٤٨/٨) ، للمنفى مع الشرح الكبير (٢٧٦/٥) .

(٣) النقص في اصطلاح الأصوليين : هو تخلف الحكم مع وجود العلة ولو في صورة . انظر البحر المحيط (٣٢٩/٧) ، الصريقات ص ٢٥٤ ، وفي النقص نظر : لأن مطلق كلام العاقل محمول على الصحة ما أسكن ، لأن عقله ودننه يدعوانه إلى التكلم بما هو صحيح ، لا بما هو لغو فيجعل مطلق إقراره صحيحاً عملة ما لو يبين صحتها لإقراره ، ولأن الإقرار حجة مهما أمكن إعماله لا يجوز إبطاله ولجنين جعل في حكم المفصل . ثم هناك فرق بين للمقبس والمقبس عليه : فالإقرار لدابة فلان لا يصح ، لانعدام أهلية الأداء وأهلية الوجوب في الدابة ولكن الجنين له أهلية الوجوب ، وبهذا صار صالحاً للوجوب له لا عليه فثبت له الحقوقي التي لا يحتاج في ثبوتها إلى قبول كالميراث والوصية والاستحقاق في الوقف . انظر الحاوي (٣٤/٧) ، المبسوط (١٩٧/١٧) ، (١٩٨) ، تبين الحقائق (١٢/٥) .

(٤) لو أقر لهبسة بأن لها عليه أنثى وأطلقه لم يصح الإقرار ، لأنها ليست من أهل الاستحقاق . أما لو ذكر سبياً يمكن أن ينسب إليه كما لو قال علي كذا لهبسة الدابة بسبب الجنابة عليها فالجمهور على أن هذا الإقرار صحيح ويكون الإقرار لصاحب الدابة . انظر حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) ، الاختيار (١٧٦/٢) ، حاشية السوقي (٩٨/٣) ، للذهب (٢٤٦/٢) ، منفي المحتاج (٢٤١/٢) ، الإنصاف (١٤٥/١٢) ، للنسي مع الشرح الكبير (٢٧٧/٥) .

(٥) انظر منفي المحتاج (٢٤١/٢) ، الحاوي الكبير (٨/٧) .

(٦) ما بين المسكوتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر الفتاوى للشيرازي ورقة ٣٠٨ (أ) .

١٥٧٨٢ - قلنا : الإقرار بالوصية لا يصح ، بدلالة أنه لو ولد ميتا كان ذلك للوصي ، فلم أن الإقرار له والمعنى في البالغ ما ذكرناه .



حكم ما إذا قال : غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان

١٥٧٨٣ - قال أصحابنا : إذا قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل ^(١) من فلان سلمه للأول وضمن قيمته للثاني ^(٢) .

١٥٧٨٤ - وهو أحد قولي الشافعي ^(٣) وقال في قول آخر : لا ضمان عليه والثاني خصم للأول ^(٤) .

(١) (لا بل) (بل) لإثبات ما بعده والإعراض عما قبله على سبيل التدارك وقد تدخل عليه كلفة [لا] لتأكيد النفي الذي قصده بل . وهذا يسمى بالاستدراك والاستدراك لغة استفعال من درك والدرك اللحاق والبلوغ ، والمراد به هنا الإضراب والإضراب لغة الإعراض عن الشيء والكف عنه بعد الإقبال عليه . وفي اصطلاح المحوين : إبطال الحكم السابق بل . والفرق بين الاستدراك والإضراب ، أن في الاستدراك لا يطل الحكم السابق ، كتفكك جاء زيد لكن أخاه لم يأت فإثبات المجيء فريد لم بلغ ، بل نفي المجيء عن أخيه ، وفي الإضراب يطل الحكم السابق ، فإذا قلت جاء زيد ثم ظهر لك أنك أعطيت فيه فقلت بل عمرو يطل الحكم بمجيء زيد وثبت مجيء عمرو . انظر لمصباح المنير (٢٦١/١ ، ٢٦٢) ، لسان العرب (١٣٦٤/٢) ، كشاف اصطلاح الفنون للتهانوي (٢٧٩/٢) ، شرح المنار وحواشيه في علم الأصول (٤٥٢/١) ، المبسوط (٩/١٨) .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ١١٤ ، بدائع الصنائع (٢١٣/٧) ، المبسوط (٧٦/١٨) ، حاشية قرة العيون (١٥٧/٨) . وبه قال المالكية ، وفي الذخيرة : لو قال غصبت من فلان لا بل من آخر فهو للأول وقصي للثاني بقيته يوم الغصب إن كان مقوماً ، وبمثله إن كان مثلياً ولا يمين عليهما على قول ابن القاسم . انظر الذخيرة (٣٤٠/٩) ، شرح الحرشي (٩٨/٦) . وبه قال الحنابلة . جاء في المغني : وإن قال غصبت هذه النار من زيد ، لا بل من عمرو ، أو غصبتها من زيد وغصبتها زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ، وبغيرها لعمرو . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٨٨/٥) ، كشاف القناع (٤٧٦/٦) ، الإنصاف (١٩٧/١٢) .

(٣) هذا هو الصحيح في المذهب الشافعي ، قال ابن أبي رباري : إن قال غصبتا من زيد ، لا بل من عمرو ، حكم بها لزيد وهل يلزمه أن يبرم قيمتها لعمرو ؟ فيه قولان : الصحيح يلزمه ، ووجه هذا القول عند الشافعية : أنه بالإقرار الأول مفوت على الثاني بقوله نصار كالمستهلك ، فلزمه البرم ، وأنه مقر للثاني بالعصب والغصب موجب لبرم القصة عند تمبرر ردة العين وإن كانت قائمة ، كالمعد الآتي ، والمغصوب من العاصب . انظر المذهب (٤٤٨/٢) ، الحاوي الكبير (٣٩/٧) ، مفتي المحتاج (٢٥٧/٢) .

(٤) انظر مختصر المزني مع الأم (١٥/٣ ، ١٦) ، الحاوي الكبير (٣٨/٧) ، المذهب (٢٤٨/٢) ، معي المحتاج (٢٥٧/٢) ، وعبرة المرتني : ولو قال غصبتا من فلان ، لا بل من فلان ، كانت للأول ، ولا غرم عليه للثاني ، وكان الثاني خصماً للأول .

- ١٥٧٨٥ - لنا : أنه أقر بغصب وانتقل ، فإذا تعذر رده عليه لزمه قيمته ^(١) .
أصله ^(٢) : إذا أقر له ابتداء ثم سلمه ^(٣) إلى غيره ^(٤) .
- ١٥٧٨٦ - ولا يلزم إذا قال هذا لزيد / ، لا ، بل لعمره ثم ^(٥) سلمه إلى الأول بقضاء ^(٦) .
- ١٥٧٨٧ - لأننا قلنا : أقر [بالغصب ، ولأنه أقر بنقل مضمون في ملكه ، فوجب أن يلزم الضمان . أصله : إذا أقر [^(٧) بالقتل ^(٨) .
- ١٥٧٨٨ - ولأنه أقر له بغصب ، وتعذر تسليم المغصوب بفعله ، فصار كما لو قتله ^(٩) .
- ١٥٧٨٩ - احتجوا : بأنه أقر به لغيره فلا يتعلق به الضمان . أصله : إذا أقر له من غير ذكر الغصب وسلم إلى الأول بقضاء ^(١٠) .
- ١٥٧٩٠ - قلنا : هناك لم يوجد فيه فعل مضمون ، وإنما وجد مجرد الإقرار ، وذلك لا يتعلق به ضمان في ملك الغير . وفي مسائلنا : أقر بفعل مضمون عليه ، فإذا تعذر الرد وجب الضمان .
- ١٥٧٩١ - قالوا : إذا سلمه القاضي إلى الأول بمقتضى إقراره فكأنه هو الذي سلمه ، لأنه ^(١١) الفاعل . للسبب ^(١٢) .

- (١) قيمة الشيء قدره وقيمة المنافع ثمنه بالتقويم . انظر لسان العرب (٣٧٨٣/٥) ، المصباح المنير (٧١٤/٢) ، الأشباه والنظائر ص ٣٦٣ ط دار الكتب العلمية ، بيروت .
- (٢) في (ع) ، (م) : [أصنا] .
- (٣) في (ع) ، (م) : (٣) في (ع) ، (م) : سلم .
- (٤) جاء في بدائع الصنائع (٢١٣/٧) أن هـ المصعب سبب لوجوب الضمان ، فكان الإقرار به إقرارًا بوجود سبب وجوب الضمان ، وهو رد العين عند القفلة وقيمة العين عند العجز ، وقد عجز عن رد العين إلى المقر له الثاني فيلزمه رد قيمته .
- (٥) في (ع) ، (م) : (٥) في (ع) ، (م) : [رد] .
- (٦) إن دفعها بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيئًا عند أبي يوسف ، لأن مجرد إقراره لم ينفذ على الثاني شيئًا ، والدفع حصل بقضاء فلا يوجب الضمان عليه . انظر المبسوط (٧٦/١٨) .
- (٧) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
- (٨) القتل هو : فعل يحصل به زهوق الروح . انظر المصباح المنير ٦٧١/٢ ، الترمذيات ص ١٨٦ .
- (٩) وجب عليه رد المغصوب كما يجب من قتل نفسًا أن يقتضيه أو يقدم الذية لأن رجوعه عن الإقرار باطل فيلزمه القيمة عند تعذر رد المغصوب . انظر المبسوط (٧٦/١٨) .
- (١٠) انظر ملأ المعنى في الحواشي الكبير (٣٩/٧) . (١١) في (ع) ، (م) : (١) لأن [
- (١٢) جاء في الحواشي الكبير (٣٩/٧) أنه « إن سلمها بنفسه لزم الغرم قولاً واحداً لا يباشره من الأصالة بالتسليم ، فإن سلمها الحاكم فعلى قولين ، لأنه حكم لا يقدر على رده » .

حكم ما إذا قال : عصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان ===== ٢٢١٧/٧

١٥٧٩٢ - قلنا : في مسألتنا قد وجد السبب من الغاصب وانضم إليه الفعل ومع ذلك لا ضمان عندهم . ويعطل على أصلهم بالشهود بالمال إذا رجعوا ؛ فإنهم لا يضمنون وإن كان [الفعل] ^(١) بسبب وجد منهم .

* * *

(١) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (٢) .



حكم ما إذا قال لك علي ألف درهم ثم جاء بألف وقال كانت وديعة

١٥٧٩٣ - قال أصحابنا : إذا قال لفلان علي ألف درهم ثم جاء بألف قال هذه التي أقررت بها كانت وديعة عندي ، فقال المقر له : لي عليك ألف وهذه لي عندك [وديعة] ^(١) فالقول قول المقر له ، ويلزمه ألف آخر ^(٢) .

١٥٧٩٤ - وقال الشافعي : يقبل قول المقر ^(٣) [مع يمينه] ^(٤) .

(١) ما بين المعكوفين ساقط من جميع النسخ : والوديعة : المال المتروك عند إنسان على وزن فُعيلة من الودع وهو ترك . وهي أمانة دفت إلى الغير ليكون حافظاً لها فإذا تمت الوديعة بالإيجاب والقول فحكمها وحسب الحفظ ، فإن ملك المال في يد المودع فلا يضمنه بدون التعدي ويضمنه بالتعدي ، انظر : طلة الطلة ص ٢١٧ ، حاشية قرة العيون (٢٢٨/٨) .

(٢) في (ص) : [أخرى] ، والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) : [لأن الألف مذكر] . وانظر لسان العرب (١٠٧/١) . انظر هذه المسألة المفهية في مختصر الطحاوي ص ١١٤ ، معين للحكام ص ١٢٧ ط مصطفى الباي الحلبي وأولاده مصر ، ومجمع الأنهر (٢٩٢/٢) ، حاشية رد المحتار (٥٩٢/٥) . وقال المالكية : لو أقر بوديعة لرجل ، وادعى أنه دفعها إليه ، وكان مصدقاً كان القول قول المقر . وفيها قول آخر مالك وأصحابه أيضاً : أن القول قول رب المال أن له وديعة . وفيها قول ثالث أنهم أيضاً قالوا : إن علم أن المقر حركه أو اشترى به أو شرع في ذلك فالقول قول ربه ، لأنه لا يعمل فيه مودعاً . وإن لم يحركه فالقول قول المقر . انظر الخريزي (٩٠/٦) ، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٤٥٩/١) .

(٣) انظر الحارثي الكبير (٤٣/٧) ، للمهذب (٤٤٧/٦) ، حلية العلماء (٣٥٦/٨) ، وروضة الطالبين (٣٩٩/٤) . ولكن في المهذب وحلية العلماء وروضة الطالبين أن فيه قولين ، قال الشيرازي . وإن قال لفلان علي ألف درهم ثم أحضر ألفاً وقال هي التي أقررت بها وهي وديعة . فقال المقر له : هذه وديعة لي علمه ، والألف التي أقر بها دين لي عليه غير الوديعة ففيه قولان : أحدهما أنه لا يقبل قوله لأن قوله إحسر عن حق واجب عليه ، فإذا فسر بالوديعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل ، والثاني : أنه يقبل ، لأن الوديعة عليه ردّها وقد يجب عليه ضمانها إذا تلعت .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من جميع النسخ . وهذه الإضافة موجودة في مختصر الزبي (١٦٣/٣) ، الخوازي الكبير (٤٤/٧) ، قال الماوردي : والقول قول المقر مع يمينه وليس عليه غيرها ، وعند الحابلة وجهان كالتفويض عند الشافعية . وجاء في المتن مع الشرح الكبير : وإذا قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها ، وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عدي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت بها غيرها وهي دين عليك ، فقول الخريزي يقتضي أن القول قول المقر له ، وقال القاضي : القول قول المقر مع يمينه . انظر الشرح الكبير مع النسي

حكم ما إذا قال لك علي ألف درهم ثم جاء بألف وقال كانت وديعة جـ ————— ٣٢٩٩/٧

١٥٧٩٥ - لـ : أنه أقر بألف عليه مطلقاً ، فإذا فسرهما بوديعة لم يُقبل . أصله : إذا قال بعد الإقرار : كانت وديعة فهلكت ^(١) .

١٥٧٩٦ - ولأنه أقر بما يحمل ^(٢) ظاهره على الدين ، فلا يصدق في الوديعة بعد استقرار الكلام . أصله : إذا قال له : علي ألف دينار ثم قال وديعة ^(٣) .

١٥٧٩٧ - ولأن ظاهر قوله [علي] ^(٤) يقتضي الضمان ، بدلالة أنه إذا قال له ^(٥) ما لك علي فلان علي كان كفيلاً ^(٦) ؛ فلولا أن اللفظ ظاهره بفيد الضمان لم تصح الكفالة ، ومتى كان ظاهر اللفظ الضمان لم يصدق في صرفه عن ظاهره .

١٥٧٩٨ - احتجوا : بأن علي يقتضي الوجوب وما في الذمة يجب عليه أدائه كما يجب أن يؤدي ما في يده ، وإذا صلح اللفظ لها قُبِل تفسيره ^(٧) .

١٥٧٩٩ - قلنا : هذا غلط لأن قوله علي معناه واجب أو مستقر علي . وهذا يقتضي أن يتعلق الوجوب بها ؛ فالوديعة لا يتعلق الوجوب بها ، وإنما يتعلق بردها ، فإذا صرف الوجوب عن العين إلى الفعل كان تاركاً لظاهر كلامه .

١٥٨٠٠ - فإن قيل : لو قال له عندي . ثم فسر فقال هو دين قيل قوله ، لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض ^(٨) .

١٥٨٠١ - [قلنا : إذا قال عندي ثم فسر بالدين قُبِل ؛ لأن الوديعة قد تعتبر ديناً بالتعدي فأمكن حمل إقراره على صفة . فإذا قال : علي ، ثم فسر بالوديعة لم يصح ذلك . فهذا لأن الدين لا يصير وديعة . وأما قولهم : إن حروف الصفات يقوم بعضها

= (٣١٩/٥ ، ٣١٩) ، المنى مع الشرح الكبير (٣٠٩/٥ ، ٣١٠) ، المبدع في شرح المقنع (٣٤٢/١٠) .

(١) انظر المذهب ٤٤٧/٢ ، المنى مع الشرح الكبير ٣٠٩/٥ .

(٢) في (ع) ، (م) : [يحمل] .

(٣) لا يقبل قوله لأن الدين ثبت في الذمة بالإقرار ولا يستطيع الرجوع عنه . انظر المبسوط (٧٦/١٨) ، المنى (٢٨٨/٥) .

(٤) ما بين المكونتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) (له) ساقط من (ص) وفي (ع) ، (م) : [إذا قال له] وهو الصواب .

(٦) الكفالة عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة . انظر الهداية (٨٧/٣) ، الاحتيار (٢٢٦/٢) .

(٧) للمنى مع الشرح الكبير (٣٠٩/٥) .

(٨) انظر الحاوي الكبير (٤٤/٧) ، عبارته (إن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض ، فجاء أن يقول علي بمس عدي) .

مقام بعض^(١) فهو كذلك إلا أنه غير الظاهر .

١٥٨٠٢ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَكَمْ عَلَّ دَنْبٌ ﴾^(٢) معناه عندي ذنب^(٣) .

١٥٨٠٣ - قلنا : معنى قوله ﴿ عَلَّ دَنْبٌ ﴾ أي جناية أو حكم أو دية^(٤) فلم يكن بها^(٥) ضرورة إلى حملة على^(٦) غير ظاهرة .

• • •

(١) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) من سورة الشعراء : الآية رقم (١٤) .

(٣) انظر الشرح الكبير (٢٠٩/٥) ، قال ابن قدامة : « لأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً ، فيجوز أن يستعمل على معنى عندي ، كما قال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال . ﴿ وَكَمْ عَلَّ دَنْبٌ ﴾ أي عدي . وحروف الصفات هي حروف الجر .

(٤) الدية هي المال الواجب في الشرع بذل النفس ، وجميعها الديات ، وقد وثبت المقتول أي أدبت دية ، فالدية اسم للمال ومصدر أيضاً انظر طلبة الطلبة من ٣٢٧ ، الترميزات من ١١٧ .

(٥) في (ع) ، (م) : [ما] .

(٦) في (ع) ، (م) : [إلى] .



إقرار العبد المأذون بالنصب

- ١٥٨٠٤ - قال أصحابنا : إذا أقر العبد المأذون بالنصب صح إقراره ، ولزمه فيما في يده أو يباع فيه ^(١) .
- ١٥٨٠٥ - وقال الشافعي : يلزمه بعد الحرية ^(٢) .
- ١٥٨٠٦ - لنا : أنه أقر علي نفسه بيدل عين مملوكة فوجب أن يؤخذ مما في يده ، أصله : إذا أقر بشمن متاع .
- ١٥٨٠٧ - ولأنه لو أقر بشمن متاع أخذ منه في الحال ، فكذا إذا أقر بيدل غصب أخذ منه في الحال . أصله : الحر وعكسه العبد المحجور ^(٣) .
- ١٥٨٠٨ - ولأن ما يتعلق به دين المأذون إذا أقر بشمن متاع تعلق به ، كما إذا أقر بالنصب . أصله : ذمته . وهذه مبنية علي أن ديون العبد تتعلق بما في يده وبريقته . وقد يتنا هذه المسألة في البيع ^(٤) .

- (١) انظر المبسوط (١٤٩/١٨) ، وقيل : قوله يباع فيه هو قول الإمام أبي يوسف خاصة .
- (٢) انظر مختصر المزني مع الأم (١٦/٣) ، الحاوي الكبير (٤٠/٧ ، ٤١) ، مني المحتاج (٢٣٩/٢) ، روضة الطالبين ٣٥١/٤ . قال الماوردي : « إن كان العبد مأذونا له في التجارة تعلق إقراره بما في يده من أموال التجارة ، لأنه بالإذن في التجارة مسلط علي الإقرار بموجبها . فإن ضاق ما بيده عن دينه الذي أقر به كان العاقل عنه في ذمته بعد إذا أعتق وأسر به ولا يتعلق بريقته . قال الشافعي بكلف : لا يجوز إقرار العبد في المال إلا لأبائهم له سيده في التجارة فإن لم يأذن سيده فمضى عتق ومملك غرم ، ولا يجوز إقراره في القتل وانقطع راحد ، لأن ذلك علي نفسه .
- (٣) المبسوط (١٤٩/١٨) .
- (٤) لم يتعرض الإمام القدوري لإيراد أدلة الشافعية علي مذهبهم . ودليلهم أن « كل حق ثبت برضاء مستحقه كان محله في الذمة دون الرقبة قياسا علي غير المأذون له في التجارة ، ولأنه كما استوى حق الجنابة من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالرقبة وجب أن يسوي حكم المداينة من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالذمة » . انظر الحاوي الكبير (٤١/٧) .



حكم ما لو أقر لشخص بدرهم تحت درهم أو فوق درهم أو معه درهم أو درهم فدرهم أو درهم ودرهم أو درهم ثم درهم أو قبله درهم وبعده

١٥٨٠٩ - قال أصحابنا : إذا قال [له] ^(١) عليّ درهم [تحت درهم] ^(٢) لزمه درهم . ولو قال معه درهم أو فوق درهم أو درهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان ^(٣) .

١٥٨١٠ - وقال الشافعي : إذا قال تحت درهم أو فوق درهم فعليه درهم [واحد] ^(٤) ،

(١ ، ٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) جاء في المبسوط (٧/١٨ ، ٨) أنه لو قال : عليّ درهم مع درهم فالأصل في جنس هذه المسائل أنه متى ذكر الوصف بين الاثنين فإن أخق به حرف جاء به يكون الوصف مصدراً إلى المذكور آخر . وإن لم يلحق به حرف الهاء يكون نعتاً للمذكور أولاً ، كالرجل يقول جاءني ريد قبل عمرو فكون قبل نعتاً لحيي ، زيد ، ولو قال جاءني زيد قبله عمرو يكون نعتاً لحيي عمرو ، ولو قال له : عليّ ألف درهم مع أو مع درهم صار مقراً بهما ، لأن كلمة مع للضم والقرآن . ولو قال له عليّ درهم قبل درهم يلزمه درهم واحد ، لأن قل نعت للمذكور أولاً كأنه قال قل درهم آخر يجب عليّ . ولو قال قبله درهم فعليه درهمان ، لأنه نعت للمذكور آخر أي قبله درهم قد وجب عليّ . ولو قال درهم بعد درهم أو بعده درهم يلزمه درهمان ، لأن بعد درهم قد وجب عليّ أو بعده درهم قد وجب لا يفهم من الكلام إلا هذا . وكذلك لو قال درهم ودرهم لأن الواو للمصطف وموجب المصنف الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فصار مقراً بهما ، ولو قال درهم فدرهم يلزمه درهمان . وعند المالكية : إذا قال : عليّ درهم ودرهم أو درهم بدرهم أو درهم مع درهم أو فوق درهم أو تحت درهم أو قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان . ولو قال درهم بل دينار لزمه الدينار وسقط الدرهم . وإن قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة . ولو قال له عبي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم أو مع درهم وجب درهم واحد ، لأنه يحتمل « درهم » في الجردة أو فوق درهم لي . وقيل درهمان . ولو قال له عليّ درهم يلزمه ثلاثة . وفي الجواهر : لو قال له عليّ درهم أو درهم بدرهم لزمه درهم . وللطالب إحلالة أنه ما أراد درهمين . لأن لفظة دائر بين التأكيد والإشياء . ولو قال : درهم ودرهم أو ثم درهم يلزمه درهمان ، لأن المصنف يقتضي الصائر . ودرهم مع درهم أو تحت درهم أو فوق درهم لزمه درهمان ، لأن لثمة والفوقية والتحتية تقتضي التعدد . وكذلك درهم عليّ درهم وقيل : درهم واحد ، لأن عليّ درهم يحتمل عليّ درهم أحده ، ودرهم ليس درهم أو بعد درهم لزمه درهمان . ودرهم بل درهمان يلزمه درهمان ، لأن بل للإضراب . فقد أصرب عن الاختصار عليّ الواحد . انظر قوانين الأحكام ص ٣٣١ ، الذخيرة (٢٧٥/٩ - ٢٧٨) .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . انظر ذلك في المهذب (٤٤٥/٢) ، الخوازي الكبير (٥٦/٧) .

حكم ما لو أقر لشخص بدينهم تحت درهم أو فوق درهم أو معه درهم $\frac{٢٢٢٣}{٧}$ وكذلك لو قال واحد درهم قدرهم ^(١) .

١٥٨١١ - ووافقا في قوله : قبله درهم أو بعده درهم ^(٢) وفي قوله درهم ثم درهم ^(٣) وفي قوله : درهم ودرهم ^(٤) .

١٥٨١٢ - لما : أنه أقر بشيء عطف عليه مثله بما [لا] ^(٥) [بوجوب التخيير فوجب أن يلزمه إذا لم يكن استدراكا . أصله إذا قال درهم ودرهم .

١٥٨١٣ - ولا يلزم إذا قال : درهم أو درهمان لأن هذا للتخير ^(٦) .

= جاء في الماوردي . لو قال درهم تحت درهم أو درهم فوق درهم فمليه درهم . لجواز أن يقول فوق درهم في المبردة أو تحت في الرداءة ، وهو اختيار الربيع أن ليس عليه إلا درهم واحد . وفيه قول ثان : قاله الشافعي كله في كتاب الإقرار والمواهب من الألف أن عليه درهمين .

(١) الحاروي الكبير (٥٥/٧) ، حلية العلماء (٣٤٤/٨) ، معني المحتاج (٢٥٢/٢) ، المهذب (١٤٤/٢) .
وروى عن الشافعي الثقال أنه وإن قال له علي درهم فدرهم لزمه درهم وإن قال لأمرأتك أنت طالق فطالق وقع طلقان . واحتلف أصحاب الشافعية في ذلك فقال أبو علي بن خيران : لا فرق بين المسألتين وجعلهما على قولين ، ومنهم من قال : يلزم في الإقرار درهم واحد ، وفي الطلاق يقع طلقان ، وفرق بينهما .

(٢) الحاروي (٥٧/٧) ، حلية العلماء (٣٤٥/٨) ، للمصنف (٨/١٨) . قال الثقال : وإن قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم يلزمه درهمان وقال المزني في الإقرار والمواهب أنه يلزمه درهم .

(٣) جاء في الحاروي الكبير (٥٦/٧) ، أنه لو قال له علي درهم ثم درهم لزمه درهمان ، لأن ثم موضوعة لعطف التراخي .

(٤) جاء في الحاروي الكبير (٥٥/٧) أنه لو قال علي درهم ودرهم فهما درهمان ، قال الماوردي : لأنه عطف على الأول بواو السنن فاقضى إثبات في الحكم ، كما لو قال : رأيت رجلا وعمرا . وفي هذا يستوي الإقرار مع قوله أنت طالق وطالق في لزوم طلقين . وبخالفه في الطلقة الثالثة في أنها على قولين . وعد لهاملة : وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم بدينهم ثم درهم لزمه درهمان . وذكر القاضي وجهها فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أغضت درهما فدرهم لزمه درهمان ، لأن الناء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وتم . ولأنه عطف شيئا على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها ، كما لو قال أنت طالق فطالق . وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمه ثلاثة . وكذا إذا قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة . وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان . وإن قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان ، وإن قال قبله وبعده درهم لزمه ثلاثة ، لأن قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب . وإن قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم ، لأنه يحتمل فوق درهم في المبردة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، ولو قال له علي درهم معه درهم لي ، قال أبو الخطاب يلزمه درهمان . انظر المعنى مع الشرح الكبير (٢٩٥/٥ - ٢٩٨) ، الإنصاف (٢٢٥/١٢) .

(٥) ما بين المسكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

- ١٥٨١٤ - ولا يلزم إذا قال بل درهمان ؛ لأنه للاستدراك ، ولأنه عطف على المقتر به ^(١) كما [م] ^(٢) فلهذه ، كما لو قال درهم ثم درهم ، ولأن الغاء للترتيب لما عطف به لزمه درهم ^(٣) .
- ١٥٨١٥ - وقد قالوا : الصحيح من المذهب في قوله : أنت طالق فطلاق أنه تطليقتان ^(١) وإنما ألزم أبو خيران .
- ١٥٨١٦ - ونقل جواب الإقرار إلى الطلاق ، فقال في كل واحد منهما قولان ^(٢) . والكلام مع الشافعي ، فيقول : كما لو عطف به تطليقة كان تطليقتين ، فإذا عطف به درهما علي درهم كان درهمين كالواو ^(٣) .
- ١٥٨١٧ - ولأن قوله : فوفقه درهم أو فوق درهم يقتضي زيادة درهم فلهذه درهمان كما لو قال قبله درهم ^(٣) .
- ١٥٨١٨ - احتجوا : بأن قوله قدر درهم ^(٤) يحتمل أن يكون أراد به قدرهم ^(١) لازم أو بدرهم جيد وإذا احتمل لم يلزم ^(١١) .
- ١٥٨١٩ - قلنا : الغاء عاطفة وظاهر العطف أنه غير المعطوف عليه فلا نسلم الاحتمال ^(١١) .

(١) في (ع) ، (م) : [المقر له] .

(٢) في (ع) ، (م) : [ترتب] والصواب ما أثبتناه بدلالة السياق .

(٣) انظر لميسوط (٨/٨) ، المعني مع الشرح الكبير (٢٩٦/٥) .

(٤) الحايي الكبير (٥٥/٧) ، المذهب (٤٤٤/٢) ، حلية العلماء (٣٤٥ ، ٣٤٤/٨) ، معني المحتاج (٢٥٢/٢) .

(٥) كان الشيخ أبو علي بن خيران يفتي بقول : لا فرق بين الإقرار بدرهم فدرهم وبين قوله لأمركه أنت طالق مطلق فجمعهما على قولين . وقال بعض الشافعية : يلزم في الإقرار درهم ، وفي الطلاق طليقتان . والفرق بينهما أن الطلاق لا بدله التفضيل ، والدرهم بدخلها التفضيل ، فيجوز أن يريد له عليه درهم فدرهم خير منه . المذهب (٤٤٤/٢) ، معني المحتاج (٢٥٢/٢ ، ٢٥٣) الحايي (٥٦ ، ٥٥/٧) . وقد أشار إليه الإمام الشافعي في الأم (٢٣٨/٦) .

(٦) انظر للمذهب (٢٤٤٤/٢) ، معني المحتاج (٢٥٢/٢) ، الحايي (٥٦ ، ٥٥/٧) .

(٧) انظر لميسوط (٨/١٨) .

(٨) هكذا في جميع النسخ [قدر درهم] والصواب [درهم فدرهم] .

(٩) في (ع) ، (م) : [قدرهم وهو الصواب] وفي (م) : [قدر درهم] .

(١٠) معني المحتاج (٢٥٢/٢) ، للمذهب (٤٤٥/٢) .

(١١) جاء في الميسوط (٨/١٨) : « أن الغاء للوصل والتعقيب ، فقد جعل الثاني موصولا بالأول ، ولا »

حكم ما لو أقر لشخص ب درهم تحت درهم أو فوق درهم أو معه درهم $\frac{٣٢٢٥}{٧}$

١٥٨٢٠ - قالوا : الفاء قد تكون عاطفة وقد تكون صارفة بدلالة قولهم : يريد أن يُعْرِيه فيعجمه معناه : فهو يعجمه ^(١) .

١٥٨٢١ - قلنا : الفاء تكون عاطفة وتكون مجازية وتكون زائدة ، ولا يجوز حسب علي الزائد لأن ذلك لا يصار إليه إلا بدليل . وأما أنها صارفة فلا يعرف . وقوله يريد أن يعربه ^(٢) فيعجمه عطف جملة من مبتدأ وخبر علي جملة من فعل وفاعل ، وأحدى الجملتين غير الأخرى .

١٥٨٢٢ - قالوا : إذا قال فوق درهم احتمل في الجودة وفي المكان ، فصار كقوله تحت درهم ^(٣) .

١٥٨٢٣ - قلنا : ظاهر فوق أنه يستعمل في الزيادة ، بدلالة قوله لفلان علي فوق ألف وفوق مائة ، ولأن هذا ظرف مكان تقديره ^(٤) له [علي] ^(٥) درهم مستقر علي درهم فيقتضي وجوبهما عليه .

• • •

= يحقق هذا الوصل إلا بوجوبها وكان هذا الوصل في معنى العطف .

(١) في لسان العرب الفاء حرف هجاء وهي من حروف العطف ولها ثلاثة مواضع يعطف بها وتدل على الترتيب والتصويب مع الإشراف ، تقول ضربت زيداً فعمراً ، وجاء في مقام آخر يريد أن يعربه فيعجمه معناه يريد أن يبينه فيعجمه مشكلاً لا بيان له . قال الفراء : رفعه على المحالة لأنه يريد أن يعربه ، ولا يريد أن يعجمه . انظر لسان العرب (٣٣٣/٥) ، (٢٨٢٥/٤) ، (٢٨٢٦) . وانظر الحواشي الكبير (٥٦/٧) .

(٢) يُعْرِيه : يبيعه ويوضحه .

(٣) انظر للمهذب (٤٤٥/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٢١٢/٢٠) .

(٤) بي (ص) : [تقدير بحذف الضمير القائب للفصل] ما أئبته كما في (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .



حكم الإقرار بألف في مجلسين

١٥٨٢٤ - قال أبو حنيفة : إذا أقر بألف في مجلس ، وأقر بألف في مجلس آخر لزمه ألفان ^(١) . وإن كان ذلك في مجلس واحد فذكر أبو بكر الرازي عن أبي الحسن أنه كذلك أيضًا ^(٢) وأنه لا فرق بين المجلس والمجلسين ^(٣) .

١٥٨٢٥ - وذكر الطحاوي ^(٤) [أنه في المجلس الواحد مال واحد ^(٥)] .

١٥٨٢٦ - وظاهر الأصل ^(٦) يدل علي ما حكى الطحاوي ^(٧) [لأنه قال : ولو أقر له بمائة في موطن ثم أقر له في موطن آخر مائة درهم وأشهد به شاهدين فإنه يؤخذ بمائتين إذا ادعاه الطالب ، وكذا لو كانت الثانية أقل أو أكثر أخذ بذلك كله في قول أبي

(١) المبسوط (٩/١٨ ، ١٠) ، حاشية الطحاوي (٣/٣٣٥) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٤/٤ ، ٢١٣/٤) ، النوازل الهدية (٤/١٦٨) ، تكملة حاشية ابن عابدين (٨/١٣٩) ، وقال صاحبان من الحنفية : أنه لا يلزمه إلا ألف واحد .

(٢) وهو ما روي الحسن عن زفر . انظر مختصر اختلاف العلماء (٤/٢١٤) .

(٣) بناء على أن التأسيس خير من التأكيد والمجلس والمجلس في سواء . انظر تكملة حاشية ابن عابدين (٨/١٣٩) ، والأشياء والنظائر لابن نجيم ، وحاشية الطحطاوي علي الدر المختار (٣/٣٣٥) .

(٤) هو الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الأزدي المصري ، ولد عام ٢٢٩ أو ٢٣٠ هـ والطحاوي بفتحطاء والحاء المهملة نسبة إلى طحينة أو طحا قرية بصعيد مصر ، قرأ على المزني الشافعي وهو خاله ، وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب الحنفية فقال له المزني : والله لا يبعث منك شيء فعضب وانض من عنده واتفقه في مذهب أبي حنيفة وصار إمامًا ، له تصانيف كثيرة منها أحكام القرآن والمعاني والآثار ومشاكل الآثار والمختصر والعقيدة واختلاف الفقهاء الذي ما زال مخطوطًا . أخذ الطحاوي الفقه عن أبي جعفر أحمد بن عمران الحنفي ، ثم خرج إلى الشام فلقى أبا حازم عبد الحميد قاضي القضاة بالشام ، فأخذ عنه وعن عيسى بن أبان بن محمد ، كان إمامًا في الأحاديث والأخبار والفقه ، قال الشيخ أبو إسحاق : انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر ، توفي بكتف ليلة الخميس في مستهل ذي القعدة سنة ٣٢١ هـ . انظر البداية والنهاية (١١/١٧٤) ، سير أعلام النبلاء (١٥/٢٧٧) ، مرة الجنان (٢/٢٨٠) ، الجواهر المفيدة (١/٢٧١) ، الفوائد البهية (٢٣ ، ٣٣) ، شذرات الذهب (٢/٢٨٨) ، المهرست ص ٢٩٢ .

(٥) انظر تكملة حاشية ابن عابدين (٨/١٣٩) ، حاشية الطحطاوي علي الدر المختار (٣/٢٣٥) .

(٦) انظر مختصر اختلاف العلماء (٤/٢١٣) .

(٧) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

حنيفة كَثْفَة .

١٥٨٢٧ - أما في قول أبي يوسف ومحمد فهو مال واحد يؤخذ بالآخر في ذلك ^(١) والموطن ^(٢) في هذا والموطنان سواء حتى يحيى في ^(٣) الإقرار أنه يدل على أن المال الأول غير الآخر ، فقوله في موطن آخر يدل على أن الموطن الواحد بخلافه ^(٤) .

١٥٨٢٨ - وقد قال أصحابنا : إذا قال له علي [ألف] ^(٥) بل ألفان أن الألف مُدْخَلٌ في الألفين ، فلو لا أن المجلس الواحد يحمل الإقرار فيه علي مال واحد لم يصح هذا ^(٦) . ولو ادعى عليه ألفا عند القاضي فأقر به ، ثم ادعى في يوم آخر عليه ألفا فأقر به فإنه مال واحد ، ذكره الطحاوي عن ابن سماعه ^(٧) عن أبي يوسف ^(٨) .

١٥٨٢٩ - قال : وهو قول أبي حنيفة كَثْفَة . ولو كان المال للمقر به في صك فإنه مال واحد ، وإن أقر به في مجلسين ^(٩) . وإن أُشْهِدَ شاهدين على ألف قدمه إلى القاضي

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤) .

(٢) في (ع) : [المواطن] . (٣) في (ع) ، (م) : [من] .

(٤) انظر الميسوط (١٠٩/١٨) ، الفتاوى الهندية (١٦٨/٤) ، تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨ - ١٤١) .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (ص) .

(٦) من قال له علي ألف لا بل ألفان يلزمه في القياس ثلاثة آلاف . وبه قال زر بن الهذيل . وفي الاستحسان يلزمه ألف . وجه القياس أن (لا بل) لاستدراك الغلط بالرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقام الأول ، رجوعه عن الإقرار بالألف باطل وإقراره بالألفين على وجه الإقامة مقام الأول صحيح فيلزمه المالان ، كما لو قال علي مائة درهم لا بل مائة دينار فيلزمه مائة درهم ومائة دينار . وجه الاستحسان أن الإقرار بإقرار ، والغلط ينسك في الخبر ، والظاهر أن مراده بذكر المال الثاني استدراك الغلط بزيادة على المال الأول لا ضم الثاني إلى الأول . ألا ترى أن الرجل يقول : سني خمسسون لا بل ستون وهكذا . انظر الميسوط (٩/١٨ ، ١٠٤) ، مختصر اختلاف العلماء (٢٢٠/٤) .

(٧) في جميع النسخ (أبي سماعه) والصواب ما أثبتاه وهو القاضي أبو عبد الله محمد بن سماعه بن عبد الله التميمي ولد عام ١٣٠ هـ ، وحدث عن الليث بن سعد وروي عن أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، وأخذ الفقه عنهما وص الحسن بن الزباد المؤلّفي . ولي القضاء للمأمون ببغداد ، بعد وفاة أبي يوسف عام ١٩٢ هـ وبقي به إلى أن ضعف بصره . من مصنفاته : كتاب أدب القاضي والمحاضر والسجلات وتلخيص الاكتساب في الرق المستطاب والوارد . توفي سنة ٢٣٣ هـ . انظر ترجمته في البداية والنهاية (٣١٢/١٠) ، سير أعلام النبلاء (١٠٦/١٠) ، المعبر (٣٢٦/١) ، شذرات الذهب (٨٧/٢) ، الفوائد البية من ١٧٠ - ١٧١ ، الجواهر الحضية (١٦٨/٣ - ١٧٠) ، تاج التراجم من ٤٥ وأخبار أبي حنيفة وأصحابه من ١٥٤ - ١٥٥ ، المهرست من ٢٨٩ .

(٨) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤ ، ٢١٤) .

(٩) في (ع) ، (م) : [في مجلس] .

فادعى عليه ألفا فأقر بها فهما ألف واحد . ولو جاء بشاهدين علي ألف وجاء بشاهدين علي ألف ولا يعلم في مجلس واحد شهداء وفي مجلسين فهما مالان ، إلا أن يعرف أنه في موطن واحد ^(١) . ولو أشهد شاهداً في موطن وشاهداً آخر في موطن فهما مال واحد ^(٢) .

١٥٨٣٠ - وقال الشافعي : إذا أقر له يوم السبت بدرهم ويوم الأحد بدرهم فهر درهم واحد ^(٣) .

١٥٨٣١ - لنا : أنه أشهد على مأل منكراً ليوم استيفاء الإشهاد علي مال في مجلس آخر فوجب أن يلزمه المالان . أصله إذا أشهد أن له ألفاً من ثمن عبد اشتراه يوم الجمعة ، وأشهد في مجلس آخر أن له ألفاً من ثمن عبد اشتراه يوم السبت .

١٥٨٣٢ - ولا يلزم إذا ادعى المقر له مائلاً واحداً ؛ لأنه قد لزمت المقر وإنما أسقط المقر له .

١٥٨٣٣ - ولا يلزم إذا أشهد على ألف ثم أقر بألف عند القاضي ؛ لأن الثاني ليس بإشهاد .

١٥٨٣٤ - ولا يلزم إذا كرر الإقرار في مجلس واحد لأن المجلس والمجلسين سواء ، على طريقة أبي الحسن ، وقد احتزنا بقولنا في مجلس آخر .

١٥٨٣٥ - ولا يلزم إذا أشهد ، شاهدين بأنه أقر بألف يوم الخميس ، وشهد شاهد أنه أقر بألف يوم الجمعة ، لأنه لم يستوف ^(٤) الإشهاد في مجلس . ولا يلزم إذا كان في

(١) انظر المبسوط (١٠/١٨) .

(٢) انظر المبسوط (١٠/١٨) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤ ، ٢١٤) . قال السرخسي : لو كان أشهد على كل إقرار شاهداً واحداً ، ولم يشهد على واحد من الإقرارين لم يلزمه إلا مال واحد .

(٣) هذا ما نقله الزني عنه فيما ذكره الماوردي الذي قال : إذا أقر بدرهم فثبت في إقرار بدرهم واحد ، ما لم يحالف بين صفتيهما أو سبيهما . انظر مختصر الزني مع الأم (٢٢/٣) ، الحاوي الكبير (٥٩/٧) ، مني المحتاج (٢٥٤/٢) ، المهذب (٤٤٤/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣١٢/٢٠) . وذهب الإمام مالك إلى أنه إذا أشهد على نفسه في وثيقة أن لفلان عليه مائة ولم يذكر سببها ، ثم أشهد في وثيقة أخرى بمائة ، وهما متساويتان قدرًا وتوفاً فإنه يلزمه مائة واحدة . والثانية تأكيد للأولى . وبطلت المقر على ذلك إن ادعاهما لقر له . أما إن اختلفا قدرًا أو صفة فإنه يلزمه للماتن معاً . وذهب الخاتبة إلى ما ذهب إليه الشافعية ، فقالوا : لا يقر بدرهم ، ثم أقر بدرهم ، لزمه درهم واحد ، لا فرق بين أن يكون الإقرار في وقت واحد أو في أوقات ، أو في مجلس واحد ، أو مجالس . الفني مع الشرح الكبير (٢٩٥/٥) ، شرح المحرشي (٩٦/٦) ، شرح الرزقاني على مختصر خليل (١٠١/٦) ، الذخيرة للقرافي (٢٨٥/٩) .

(٤) في (ج) : [لم يستوفي] . والصواب ما أتناه .

صك واحد ، لأن الثاني ليس بمنكر ، بل تعرف أنه هو الذي أشهد عليه أولاً ، ولأنه أقر في مجلسين بمالين لم يتعلق أحدهما بالآخر من غير حاجة فوجب أن لا يدخل أحدهما بالآخر من غير حاجة كما لو أقر بألف / مؤجل ثم أقر بألف حال .

١٥٨٣٩ - فإن قيل : لا نسلم أنه أقر بمالين .

١٥٨٣٧ - قلنا : يعني أنه إذا أقر بألف ثم ألفين ولا يلزم إذا اجتهد ثم أقر عند القاضي ، لأن له إلى ذلك حاجة وكذلك إذا أشهد واحدا ثم أشهد آخر .

١٥٨٣٨ - ولا يلزم الصك الواحد [لأنه] ^(١) [تعلق أحد الإقرارين بالآخر ، ولأنه أقر بألف منكر فإذا أقر بألف منكر فالظاهر أن الثاني غير الأول إلا أن تدل دلالة على خلافه يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ۖ إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ۖ ﴾ ^(٢) .

١٥٨٣٩ - قال علي ^(٣) وابن عباس ^(٤) : لن يغلب عسر يسرين ^(٥) فلما عرف

(١) هكذا في جميع النسخ لعل الصواب لأنه .

(٢) من سورة الانشراح : الآية (٥) ، (٦) ، وانظر هذا الدليل في المبسوط (١٨ / ١٠) . والأصل أن العرف والمنكر إذا أعيد معرّفًا كان الثاني عين الأول أما المنكر إذا أعيد فإنه يكون غير الأول .

(٣) هو أمير المؤمنين الإمام أبو الحسن والحسين علي بن أبي طالب الهاشمي كناه الرسول ﷺ بأبي تراب رابع الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد أصحاب الشورى الستة ، وابن عم الرسول ﷺ وأخوه بالمؤانسة ، وزوج ابنته فاطمة الزهراء ، وأول الناس إسلامًا بعد خديجة بنت خويلد كان عنده عشر سنين ، ولي الخلافة بعد استشهاد أمير المؤمنين عثمان بن عفان سنة ٣٥ هـ . ولد قبل البعثة بعشر سنين واستشهد بيد عدو الرحمن بن ملجم ليلة الأحد ١٩ من رمضان سنة ٤٠ من الهجرة ، وعندما استشهد كان له من العمر ثلاث وستين سنة على الأصح . انظر البداية والنهاية (٢٢٣ / ٧) ، أسد الغابة (٢٥٥ / ٣) ، الإصابة (٥٠٧ / ٢) ، الاستيعاب (١٠٨٩ / ٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣٤٤ / ١) ، الأعلام (١٠٧ / ٥) .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ابن عم الرسول ﷺ يسمى حبر الأمة وترجمان القرآن ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين في شعب أبي طالب ، وكان عمره حين توفي رسول الله ﷺ ١٣ سنة على الأصح وتوفي ﷺ بالطائف سنة ٧٠ من الهجرة ، قال ابن عباس ﷺ ضمني رسول الله ﷺ وقال : اللهم علمه الحكمة . انظر الاستيعاب (٩٣٣ / ٣ - ٩٣٩) ، أسد الغابة (١٨٦ / ٣) ، الإصابة (٣٣٠ / ٢) ، وفيات الأعيان (٦٢ / ١٣) ، شذرات الذهب (٧٥ / ١) .

(٥) هذا القول منسوب إلى ابن عباس وابن مسعود وعمر بن الخطاب ، قال ابن عباس : يقول الله تعالى « ملئت عسرا واحداً بين يسرين قلن يغلب عسر يسرين » . وروى مقاتل عن النبي ﷺ أنه قال لن يغلب عسر يسرين وقرأ آية الانشراح ، وجاء في الموطأ عن مالك عن زيد بن أسلم قال . كتب أبو حنيفة بن ابراهيم إلى عمر ابن الخطاب يذكر له جموعاً من الروم ، وما يتخوف منهم ، فكتب إليه عمر بن الخطاب : أما بعد فإنه مها يزل بعد مؤمن من سرورل شدة يجهل الله بعده فرجاً ، وأنه لن يغلب عسر يسرين ، إن مع العسر يسراً ، إن مع العسر =

المسر^(١) جعل^(٢) الثاني [عين]^(٣) الأول ولما تكر اليسر جعل الثاني غير الأول^(٤) .
 ١٥٨٤٠ - ولهذا قال أصحابنا : إذا قال لامرأته أنت طالق نصف تطليقة وثلاث تطليقة
 ورابع تطليقة أنه ثلاث تطليقات ، لأنه لما نكر احتلف كل واحد عن الآخر . ولو قال :
 أنت طالق نصف تطليقة وثلاثها كانت واحدة لأنه عرف الثالث . كذلك في مسائلنا^(٥) .
 ١٥٨٤١ - احتجوا : بأنه أقر بألف ، بعد هذا أقر له بألف فيحتمل الإحبار عن الأول
 ويحتمل استئناف غيره . وإذا احتمل الأمرين لم يلزمه إلا باليقين^(٦) . وتحريره إقراران
 لفظهما سواء ، فلا يلزمه إلا أحدهما كما لو كان في مجلس واحد^(٧) .
 ١٥٨٤٢ - قلنا : لا نسلم ما ذكرتموه من الأخبار ، لأن المفسر إنما يفسر من نفسه ،
 فإذا أكمل الشهادة فقد حصل المقصود فقله بعد ذلك [له]^(٨) ألف منكر ، الظاهر أنه
 لو أراد الأولى لعرفها فلما لم ينكر ولم يكن هناك دليل يقتضي حمل إقراره على التكرار
 حمل على الإقرار المبتدأ كما لو كانا في صكين .

١٥٨٤٣ - فأما قولهم : إقراران لفظهما واحد فلا معنى له ؛ لأن عندهم لو أقر بألف
 ثم بألف أو بألف ثم بألفين دخل أحدهما في الآخر ، وإن اتفق لفظ أحد الإقرارين
 واختلف الآخر^(٩) . وقياسهم على المجلس الواحد غير مسلم لما قدمنا . وعلى طريقة من
 سلم ذلك نقول : إن الإقرار قد يتكرر^(١٠) في المجلس الواحد ليفهمه الشهود وقد

= يسراً ، أي مع ذلك المسر المذكور يسراً آخر ، لما تقرر من أنه إذا أعيد المعرف يكون الثاني عين الأول ، سواء كان
 المراد الجنس أو العهد ، بخلاف المنكر إذا أعيد فإنه يراد بالثاني فرد مغاير لما أريد بالفرد الأول في الغالب . ولذلك
 قال النبي ﷺ لن يعلب عسر يسرين . وقال الفراء والزجاج : ذكر المسر مع الألف واللام ثم شئ ذكره فصدر
 المعنى أن مع العسر يسرين . انظر التفسير الكبير للرازي (٦/٣٢) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٠٧/٢٠) ،
 تفسير الكشاف (٢٧٦/٤) ، الموطن لماك بن أنس (٢٧٧/١) ، تفسير فتح القدير للشوكاني (٤٦٢/٥) ، روح
 المعاني للأوسمي (٢٦٧/٤) ، أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص (٣٧٣/٥) .

(١) في (ع) ، (م) : [اليسر] . (٢) في (ع) ، (م) : [دخل] .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر الجسوط (١٠/١٨) ، التفسير الكبير للرازي (٦/٣٢) .

(٥) انظر الهامية (٢٣٢/١) ؛ فقد جاء فيهما : وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت طالقة تطليقة واحدة

(٦) في (ع) ، (م) : [اليقين بحذف حرف الباء] .

(٧) اطر الحاروي الكبير (٥٩/٧) ، المهذب (٤٤٤/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

(٨) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٩) انظر مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

(١٠) في جميع النسخ قد ينكر . والنصواب ما أثبتناه .

يفعل^(١) ذلك ليتم به الوثيقة وهذا لا يوجد إذا تمت الوثيقة بالشاهدين في المجلس الأول . ولأن من أصلنا أن ما جمعه مجلس واحد فكأنه حصل في لفظ واحد ، وما حصل في مجلسين فهو كالحاصل بسببين مختلفين ، بدلالة إقرار المقر بالزنا أربع مرات في مجلس واحد أو في مجالس ، وتكرار تلاوة السجدة^(٢) في مجلس واحد لا يوجب إلا سجدة واحدة . وإن تكررت التلاوة في مجلسين تعلق بكل تلاوة سجدة^(٣) .

١٥٨٤٤ - قالوا : لو أقر بحضرة الشهود بألف ثم قدمه إلى الحاكم فادعى عليه ألفاً فأقر له ، وشهد الشهود بالألف كان ألفاً واحداً . وإن اختلف مجلس الإقرار كذلك في مسألتنا^(٤) .

قلنا : المقر إنما يوثق بالشهادة ليثبت بها اليمين فإذا أشهد عليه ثم أقر أو جحد لقامت عليه البينة فهو يقر حتى لا يثبت بالبينة تكذيبه ، فكذلك كان مائلاً واحداً ، وأما إذا استوفى الشهادة في المجلس ثم أقر في آخر ، فإن كان الإقرار لا يلزمه حتى يكون خاف التكذيب - فالظاهر أنه إذا لم يعرف إقراره مقر يدين آخر .

(١) في (ع) ، (م) : [قد يفهم] .

(٢) في (ع) : [تلاوة المسجد] وفي (م) : [تلاوة السجدة بحذف الآية] .

(٣) الهداية (٧٩/١ - ٨٠) .

(٤) الحاوي الكبير (٥٩/٧ ، ٦٠) ، معنى المحتاج (٢٥٤/٢) .



الإقرار بالهبة

١٥٨٤٥ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أقر أنه وهب فأقبض ثم ادعى أنه لم يسلم فطلب بدين المقر له لم يستحلف ^(١) .

١٥٨٤٦ - وقال الشافعي : أحلفه ، لأن الغادة أن الإنسان قد يعلم بذلك قبل فعله .
١٥٨٤٧ - وقال المروزي ^(٢) : إنما يستحلف إذا لم يقر بأنه سلم هو بل قال أن وكيله زعم أنه أقضه ، ثم قال : بأن لي أنه خاتني ، ولم يكن أقبض . فأما إذا قال أقضته أنا ، لم يستحلف ^(٣) . قال الإسفرايني : إنه يستحلف في الموضعين .

(١) المسوط (٦/١٨) وفيه أنه : « إن أقر الواهب بالهبة والتبض ثم أنكر التسليم بعد ذلك وأراد استخلاص الموهوب له لم يحلفه القاضي في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . ويحلفه في قول أبي يوسف استحساناً . وأصل المسألة : البائع إذا أقر قبض الثمن ثم جحد وأراد استخلاص المشتري لم يكن له ذلك عندهما ، لأنه ماض في كلامه ، راجع عما أقر به من القبض . وناقض لا قول له . والاستحلاف يفي على دعوى صحيحة . واستحسن أبو يوسف رحمته الله بما عرف من العادة الطاهرة أن البائع يقر بالثمن للإشهاد ، وإن لم يكن قبضه حقيقة فالاحتياط لحقه أن يستحلف الخصم إذا طلب هو ذلك . والإمام محمد في هذا القول مع أبي حنيفة » .

(٢) هو الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن أحمد بن إسحاق المروزي تلمذ على ابن سريج وعبد الله المروزي والإصطخري ، صنف كتاباً كثيرة وشرح مختصر المزني ، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر ، وتوفي بها سنة ٣٤٠ هـ ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي . انظر وفيات الأعيان (٧/١) ، طبقات النخاسة الكبرى للسبكي (٥٠/٢ - ١٩٢) ، طبقات المعهاء للشراري ص ٩٢ ، شذرات الذهب (٨٩/٢) ، نذكرة الحفاظ (١٩/٢) .

(٣) الحاروي الكبير (٧٣/٧) ، معني الاحتجاج (٢٥٦/٢) ، مختصر المزني مع الأم (٢٤/٣ ، ٢٥) ، حلية العلماء (٣٥٩/٨) . قال الماوردي قال الشافعي رحمته الله : ولو قال وهبت لك هذه الدار وقبضتها ، ثم مال لم تكن قبضتها فأحلفته لقد قبضها فإن نكر رددت البين على صاحبه وردتها إليه ، لأنه لا تتم الهبة إلا بالتبض عن رضا الراشد . فإذا أقر مالك الدار عند الحاكم بهبتها لرجل وأنه أقبضه بإيها وصده المقر له على قبضها وجبها ، ثم عاد الواهب فذكر أنه لم يقبضها وإنما تقدم من إقراره سهو أو كذب ، فإن صدقه الموهوب له فالدار الموهوبة على منكه ، وهو مخير إن شاء أقبض وإن شاء صم ، فإن أكذبه وادعى القبض بما تقدم من إقراره فالقول قول الموهوب له . فإن سأل الواهب إحلاف الموهوب له بالهبة : لقد قبضها لم يخل حال الواهب عند إقراره من أن يكون قد أقر بإقامتها بنفسه أو وكيله ، فإن كانت الدار غائبة وأقر أن وكيله أقبض أجب إلى إحلاف الموهوب له بالهبة لقد قبض . فإن حلف الموهوب له على القبض استقر له الملك ، وإن نكل ردت البين على الواهب ، وإن »

١٥٨٤٨ - قالوا : ولو قامت عليه البينة بالإقرار باللهية والقبض وطلت بدين الموهوب لم يستحلف^(١) .

١٥٨٤٩ - لنا : أن إقراره بالقبض قد ثبت فلا يُستحلفُ المقر له ، أصله إذا ثبت بينة . ولأنه طلب اليمين على نفس^(٢) ما أقر فلم يستحلف كما لو قال : استوفيت شيئاً وأتلفته ، ثم قال : خلّفه أنه وقّاني .

١٥٨٥٠ - ولا يلزم إذا ادعى أنه باع ثلجّة ، لأنه يستحلف على معنى غير ما أقر به .

١٥٨٥١ - ولأنه أقر بما تتم الهبة به ، فصار كما لو جحد أن يكون وهب ، فطلب اليمين على ذلك .

١٥٨٥٢ - احتجوا : بأن ما ادعاه محتمل فوجب أن يستحلف ليزول الاحتمال^(٣) .

١٥٨٥٣ - قلنا شهادة الشهود لا تبطل إذا شهدوا بإقراره . قالوا هناك يدعي كذب الشهود^(٤) .

١٥٨٥٤ - قلنا : الشهود لم يشهدوا^(٥) على معاينة القبض وإنما شهدوا على إقراره فهو مكذب لنفسه بدعواه ، كما يكذبها إذا أقر ولم يشهد عليه الشهود .

• حلف أنه لم يكن قبضها كانت الدار على ملكه . وإن كانت الدار حاضرة فالظاهر أنه أتبعها بنفسه أو بوكيله فأقر بإتباعها بنفسه ففي إيجابته إلى إحلاف الموهوب له على قبضها وجهان : أحدهما هو قول أبي الماسر بن سريج أنه يجاب إلى إحلاف الموهوب له ، فإن نكل ردت اليمين على الواهب ، والدار له ؛ لاحتمال ما ادعاه . والوجه الثاني : هو قول أبي إسحاق النرزي وأبي علي بن أبي هريرة . لا يجاب إلى إحلاف الموهوب له لأنه قد كذب هذه الدعوى بسابق إقراره ، فردت ، وليس لترحيع الاحتمال وجه إلا على الكذب في إحدى الحالتين ، فكان حمل الإقرار على الصدق والدعوى على الكذب أولى الأمرين .

(١) وقال المالكية . من وهب شيئاً من ماله لزومه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به ، فإن أبى ذلك حكم عليه به إذا أقر أو قامت عليه بينة . وإن أنكر الهبة حلف عليها وبرأ منها ، وإن نكل عن اليمين حلف الموهوب له وأبعدا منه . وقال الحنابلة : إن أقر أنه وهب وأقبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر ، وقال ما قبضت ولا أتبعته ، إرسال إحلاف خصمه فهل يلزمه اليمين ، على الوجهين أو روايتين عند الحنابلة . أحدهما لا يستحلف ، والثانية : يستحلف ويلزمه اليمين . المنفي مع الشرح الكبير (٣٤١/٥) ، المبدع (٣٤٤/١٠ ، ٣٤٥) ، بالتفريع لاى حلاب دراسة وتحقيق دكتور/ حسين بن سالم الدهمان ط دار الفرب الإسلامي (٣١٢/٢ ، ٣١٣) .

(٢) في (ع) ، (م) : [نفسه] . (٣) انظر الشرح الكبير (٣٤١/٥) .

(٤) في (ص) : [زبادة : « قلنا الشهود يبطل إذا شهد بإقراره »] .

(٥) في (ع) : [لم تشهد] ، وفي (م) : [لم يشاهد] .



حكم ما إذا أقر بأن عليه ألفاً من ثمن مبيع غير معين وادعاء المقر له غصباً

١٥٨٥٥ - قال أبو حنيفة رحمته : إذا أقر بأن عليه ألفاً من ثمن مبيع لم يمينه ، وادعى المقر له الألف غصباً ، لم يقبل قول المقر وصل أو قطع .

١٥٨٥٦ - وكان قول أبي يوسف رحمته : الأول : أنه يقبل قوله إذا قال المقر له قد قبضها . وهو قول محمد رحمته ^(١) .

١٥٨٥٧ - وقال الشافعي رحمته : إن وصل قُبل ، وإن قطع لم يقبل ^(٢) ، وإن قال : علي ألف من ثمن خمر أو خنزير فقيه قولان ^(٣) .

(١) انظر الجامع الصغير من ٤١٧ ، البسوط (٢٢/٢٢٣) ، مجمع الأنهر (٣٩٩/٢) ، الهداية (١٨٥/٣) نتائج الأفكار (٣٦٣/٨) ، تبين الحقائق (١٨/٥) ، حاشية الشافعي على التبيين (١٨/٥) ، الباية على الهداية (٥٧٣/٧) مختصر اختلاف العلماء (٢١٨/٤) وعبارته الطحاوي قال محمد في الإملاء : إذا قال له على ألف درهم من ثمن مبيع لم أقض منك ، وقال البائع قد قبضته ، فالقول قول البائع وصل أو قطع . وفي قول أبي يوسف ومحمد : إن وصل فالقول قول المشتري مع يمينه ، وإن قطع فقال : له على ألف درهم ثم قال بعد ما سكنت : هي من ثمن عید لم أقض منك ، سئل البائع هل لك عليه من ثمن العید ، فإن قال : نعم ، إلا أنني قد دفعت فالقول قول المشتري . وإن قال هي من دين أو من غصب فالقول قوله . وقال الحسبي ابن رباح عن أبي حنيفة وزهر : إذا قال لك على ألف درهم من ثمن متاع اشتريته منك ، ثم قال بعد ذلك : لم أقض المتاع وقال المقر له : قبضت فالقول قول المقر له ، وقال أبو يوسف القول قول المقر له . وعند المالكية أنه إذا قال له على ألف من ثمن عید اتعته ولم أقضه وقال المقر له : بل قبضته فإن ذلك يكون إقراراً منه ويلزمه الألف وهو قول ابن القاسم وسبحون والمشهور ، وعند الحنابلة : إن قال : علي ألف من ثمن مبيع لم أقضه ، وقال المقر له بل هو دين في دمتك فعلى وجهين ، أحدهما : القول قول المقر لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه يميناً ، والوجه الثاني : القول قول المقر . انظر المعنى مع الشرح الكبير (٣١٠/٥) ، الشرح الكبير مع المعنى (٣١٧/٥) ، الإصناف (١٨٩/١٢) ، ١٩٠ ، كشاف القناع (٤٦٧/٦) ، المحرشي (٩٦/٦) ، مواهب الجليل (٢٢٦/٥) ، الذخيرة (٣٢٠/٩) .

(٢) انظر الطحاوي الكبير (٧٥/٧) ، المهذب (٣٥٢/٢) ، حية العلماء (٣٥٨/٨) ، معي المحتاج (٢٥٤/٢) .

(٣) انظر مختصر بلزني مع الأم (٢٤/٣) ، ٢٥ ، حلية العلماء (٣٥٩/٨) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٢٣/٢٠) ، المهذب (٤٨٤/٢) ، معي المحتاج (٢٥٤/٢) . قال الشافعي : « إذا وصل إقراره بما يسقطه بأن قال لعدان على ألف من ثمن خمر أو خنزير . فقيه قولان ، الأول : أنه يقبل مع يمينه وهو نون المرنى وأبي إسحاق المرزوي ، ثم يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصده به ، لأنه يسقط ما أقر به فلم يقبل » ، وقال :

١٥٨٥٨ - لما : أنه وصل بإقراره ما يسقطه ، لأن ثمن المبيع المجهول لا يلزم ، فصار كما لو قال له : علي ألف من ثمن عبد اشتريته قرأته ولا أثر له أو أنه حمل .

١٥٨٥٩ - ولأنه أقر بألف وادعى ما يوجب تأخيرها إلى غير غاية ، فصار كما لو قال له علي ألف من ثمن مبيع أعطيه متى شئت أولاً أعطيه أبداً .

١٥٨٦٠ - ولما قلنا : أنه أقر بتأخيرها إلى غاية ، لأن البائع كلما أحصر مبيعاً قال المقر ليس هذا الذي ابتعته ، ولأن كل معنى لو أخق بإقراره المطلق لم يسقطه . فإذا أخق بإقراره الموصوف لم يسقطه . أصله إذا قال قد أبرأني منه .

١٥٨٦١ - احتجوا : بأنه أقر بحق في [مقابلة] ^(١) حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يسلم ما له لم يلزمه [ما] ^(٢) عليه كما لو كان المبيع مبيعاً . وعكسه إذا قال لعبد : بعثك نفسك بألف ، فأنكر وحلف ، فإنه يعتق ويسقط الألف .

١٥٨٦٢ - لأنه أقر بحق في مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر . وكذلك إذا أقر أنه طلق امرأته علي مال فجحدت ^(٣) .

١٥٨٦٣ - قلنا : أقر بئال وفي مقابلته ما لا يجوز أن يكون في مقابلة الأموال ، فنت ما عليه . ولا يتعلق بما لا يجوز [تعليق الأموال به ، كما لو قال : علي ألف من ثمن عبد ابتعته من غير عبيده . وليس كذلك المبيع المعين لأن ثمنه يجوز] ^(٤) أن يلزمه ، فلهذا تعلق المال المقر به عليه . يتبين ذلك أنه يصح أن يقال : أقر بحق عليه في مقابلة

= صاحب معني المحتاج وهو الأظهر ويلزمه الألف . والثاني : يقبل وعد الحنفية أنه إذا قال لفلان علي ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ، ولم يقبل تفسيره عند الإمام أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأن ثمن الخمر لا يكون واجباً على المسلم . وقال الصحاح أبو يوسف ومحمد : إذا وصل لا يلزم شيئاً ، لأنه يرب بأخر كلامه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره : إن شاء الله . وعد المالكية من قال : علي ألف من ثمن خمر أو خنزير مما لا يصح بيعه فقال المدعي بل من ثمن عبد مثلاً لأنه لما أقر بالألف أقر بها في ذمته فزاره الألف ويحلف المقر له أنها ليست من ثمن خمر ، فيلزم الإقرار وقال ابن جزي : لم يلزمه شيء . انظر حاشية المدسوقي (٤٠٣/٣) ، الخريزي (٩٢/٦) ، قوانين الأحكام ص ٣٢٢ ، تبين الحقائق وسأشبه الشلبي عليه (١٨/٥ ، ١٩) ، نتائج الأكتاف (٣٦٨/٨) ، البناء على الهداية (٥٧٢/٧) .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر البكت للشيرازي ورقة ٣٠٧ (ب) ، فقد جاء فيها أنه أقر بحق في مقابل ، حتى لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم ينسلكم الذي له لم يحجب الذي عليه ، كما لو عتق المبيع .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

حق له إذا كان مما يجوز أن يتعلق أحد الحقيقتين بالآخر .

١٥٨٦٤ - فإن قيل : هو لم يقر بضمن مبيع مجهول ، بل هو أقر بضمن مبيع ، فيجوز أن يكون معلوماً .

١٥٨٦٥ - قلنا : إذا لم يكن معلوماً في الحال فإن كان [لا يؤول] . ^(١) لذلك فتمه ^(٢) غير لازم . وإن كان معلوماً في الأصل ثم صار مجهولاً لا يسقط الثمن . ودعوى ما يُشَقِّط ما أقر به لا تُقْبَلُ .

• • •

(١) ما بين المكوفين سالف من (ع) ، (م) .
(٢) في (ع) ، (م) ، [قيسه] .



اختلاف الشاهدين في شهادتهما بزيادة أو نقص

١٥٨٦٦ - قال أبو حنيفة رحمته الله : إذا شهد أحد الشاهدين أنه أقر بألف وشهد الآخر أنه أقر بألفين أو بخمسائة فإن شهادتهما لا تقبل حتى ينضم إلى كل واحد [سهما] ^(١) شاهد آخر ^(٢) . ولو شهد أحدهما بجملة ، والآخر بها ، وجملة معطوفة عليها - قبلت شهادتهما في الجملة الأولى ^(٣) .

١٥٨٦٧ - قال الشافعي رحمته الله : إذا شهد له شاهد بألف ، وآخر بألفين ، ثبت له ألف بشاهدين ، وإذا أراد ألفاً أخرى ^(٤) حلف وكانت له ^(٥) .

١٥٨٦٨ - لنا : أنهما شهدا بجملتين لا تعتبر إحداهما دون الأخرى ، فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بمائة دينار ، ونعني بالجملتين إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسائة .

١٥٨٦٩ - ولأن أحدهما شهد بألف والآخر بألفين فلم تقبل شهادتهما ، كما لو شهد أحدهما أنه باعه بألفين وشهد الآخر أنه أقر بألف من ثمن عبد . ولا يلزم إذا شهد

(١) ما بين المكوهين ساقط من جميع النسخ .

(٢) الهداية (١٢٦/٣) ، فتح القدير (٤٣٦/٧) ، تحفة الفقهاء (٦٢٧/٣) ، واللباب في شرح الكتاب (٦٥/٣) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٤) ، مجمع الأنهر (٢٦٠/٢) . يقول المرغباني : « يضر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عد أبي حنيفة ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين .

(٣) انظر للمراجع السابقة ، وقد جاء في الهداية (١٢٧/٣) . « فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفاً وخمسمائة ثبت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى .

(٤) في (ع) ، (م) : [آخر] .

(٥) الحاروي الكبير (٧٦/٧) ، حلية العلماء (٣٦٦/٨) ، روضة الطالبين (٣٩/٤) . وبه قال الصاحبان من الحنفية . انظر للمراجع السابقة في مذهب الحنفية . وعند المالكية أنه لو شهد عليه رجل أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر له بألفين ، نسباها إلى جهة واحدة أم لا ، أو نسبا أحدهما وأطلق الآخر ، فإن الألف ثبت له بشهادتهما ويحلف على الأخرى مع شاهده . انظر الذخيرة (٢٨٠/٩) ، التبريع (١٠٥/٦) . وعند الحنابلة أنه إن شهد شاهد أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر له بألفين ثبت له الألف لاتفاقهما عليه ، كما لو لم يرد أحدهما على صاحبه والمدعي أن يحلف مع شاهده على الألف الأخرى ، لأن المال يثبت بشاهد . وقال المرادوي : وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . انظر للمعنى مع الشرح الكبير (١٣١/٥) ، الإيضاح (٢٨/١٢) .

أحدهما بألف [والآخر ^(١)] بألف وألف .

١٥٨٧٠ - لأن قولنا : شهد الآخر بألفين يعني هذا اللفظ . ولأن كل واحد منهما شهد بحملة ليس فيها لفظ الجملة التي شهد بها الآخر ، فوجب أن لا تثبت إحداهما . كما لو شهد أحدهما بمائة دينار والآخر بألف دينار . ونعني بالحملة ألف وتسعمائة أو عشرة دراهم وألف .

١٥٨٧١ - ولأن أحدهما بين الجملة التي شهد بها صاحبه ، فوجب أن لا يثبت بشهادتهما إحدى الجملة ، كما لو شهد أحدهما بألف من ثمن عبد ، والآخر بألفين من ثمن ثوب .

١٥٨٧٢ - احتجوا : بأنهما عددان لو أقر بهما في مجلس واحد دخل الأقل في الأكثر ، كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة . والمعنى فيه : أنهم اتفقا علي ألف وانفرد أحدهما بعدد آخر عطف عليه ، فيقبل ما اتفقا عليه ^(٢) .

١٥٨٧٣ - قلنا : وفي مسألتنا كل واحد شهد بعدد غير عدد الآخر . وإنما يتفق في المعنى لا في اللفظ ، فصار كما لو شهد أحدهما بمائة والآخر بعشرة دنائير .

١٥٨٧٤ - فإن قيل : اجتمعت ^(٣) العرب أن الجمع ضربان : أحدهما ما سلم لفظ الواحد فيه ، والآخر جمع التكسير ، وهو ما لم يسم فيه لفظ الواحد . فأما التثنية فلفظ الواحد لا ينكسر فيه ، فألفان : هما ألف زيد عليها ألف وألف ثوب ، فهي كألف زيد عليها ثوب ، وألف وخمسمائة هي الألف الموجودة وقد زيد عليها / خمسمائة .

١٥٨٧٥ - قلنا : هذا غلط ، لأن معنى قولهم إن جئنا السلامة ما سلم فيه لفظ الواحد ، وإنما يراد به الصورة . فأما أن يكون هو الاسم المفرد فلا يدل عليه ، لأن حروف الإعراب في زيد الدال ، وفي زيدون الواو ، وخرجت الدال أن تكون حرف إعراب [فلا يكون] ^(٤) أحد الأمرين هو الآخر ، وكذلك في ألف حرف الأعراب فيه الفاء وفي التثنية ألفان حرف الإعراب الألف فكيف يكون أحدهما الآخر ، وليس إذا انفقت الحروف كان الاسم واحداً كامراً وامراً ؟ ولا شبهة في اللغة أن التثنية والجمع بناؤهما غير بناء الواحد ، فسقط ما قالوه .

(١) ما بين المكوفين سقط من (م) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاشية الكبير (٧٧/٧) .

(٣) في (ع) ، (م) : [اجتمعت] .

(٤) في جميع النسخ فيكون بحذف لا النافية ، والسياق الصواب ما اجتهدنا طبقاً لما فيه .



حكم ما لو مات مخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأبكر الآخر شارك المقر في الميراث دون النسب

- ١٥٨٧٦ - قال أصحابنا : إذا مات الرجل وترك ابنين ، فأقر أحدهما بأخ وكذبه أخوه ، شارك المقر به المقر في الميراث ، ولم يحكم بالنسب ^(١) .
- ١٥٨٧٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يثبت الإرث ولا النسب ^(٢) . فإن أقر أحدهما بزوجة لأبيه وكذبه أخوه فغيب وجهان ^(٣) .
- ١٥٨٧٨ - وإذا أقر ببيع شقص ^(٤) وكذبه المشتري ، قال المزني : قياس قوله أن

(١) انظر الهداية (١٩١/٣) ، نتائج الأفكار (٤٠٠/٨) ، تبين الخلافات (٢٨/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، اللب في شرح الكتاب (٧٨/٢) وبه قال المالكية والخنابلة : جاء في بداية المجتهد « ومن مسائل ثبوت النسب يلزم للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهما بأخ ثالث وأبكر الثاني ، فقال مالك يجب عليه أن يعطيه حقه في الميراث ولا يثبت بقوله نسبه » . وقال القراني : « إذا أقر الوارث بوارث أسر يشاركه فإنه يثبت بذلك الإرث دون النسب » . وجاء في المغني قوله « لو مات فحلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطى الفضل الذي للمقر إن أقر له به » . انظر بداية المجتهد (٣٥٦/٢) ، حاشية الدسوقي (٤١٧/٣) ، الذخيرة (٣٠٩/٩) ، للمغني مع الشرح الكبير (٣٢٥/٥) ، الإنصاف (١٥٠/١٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٨٧/٧) ، للمهذب (٤٥٠/٢) ، لأن النسب لا ينمض . فإذا لم يثبت في حق أحدهما لم يثبت في حق الآخر . ولا يشاركهما في الميراث ، لأن الميراث فرع على النسب ، والنسب لم يثبت فلم يثبت الإرث .

(٣) الوجه أو الوجه لأصحاب الشافعي يستخرجونها من كلام الشافعي على أصوله ويستنبطونها من فواعده ويعرف بالصحيح أو الأصح إذا كان من الوجهين ، فإن قوي الخلاف يقولون الأصح . انظر مغني المحتاج (١٢/١) ، روضة الطالبين (٦/١) ، نهاية المحتاج (٤٨/١) ، المجموع (٦٥/١) . وإذا أقر الورثة بزوجة امرأة المورث ثبت لها الميراث ، وإن أقر بعضهم وأبكر البعض ففي ذلك وجهان عند الشافعية أحدهما أنها لا تشارك بعضتها من حق المقر كما لا يشارك الابن إذا احتلف الوارثان في نسبه . والثاني : أنها تشارك بعضتها من حق المقر ، لأن المقر به حقه من الإرث ، لأن الزوجية زالت بالموت . انظر المهذب (٤٥٠/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٤/٢٠) ، التنبيه للشيرازي ص ٢٧٨ ، احواي (٩١/٧) ، روضة الطالبين (٦٩/١) ، نهاية المحتاج (١١٥/٥) ، وعند الحنفية فأخذ ثمر ما في يده . انظر تبين الخلافات (٢٩/٥) .

(٤) الشُّقْشُ : الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض ، تقول أعطاه شُقْشًا من ماله أي جزءا منه ، وقيل هو أقلل من كثير والمجمع أشقاص وشُقْص . قال الشافعي في باب الشفعة فإن اشترى شقصًا من ذلك أراد =

للشفيع الشفعة ^(١) .

١٥٨٧٩ - وقال ابن سريج ^(٢) : لا شفعة [له] ^(٣) ، ومتى علم المقر في الباطل أنه أخوه فيه وجهان :

١٥٨٨٠ - أحدهما : لا يلزم أن يشاركه . والصحيح أنه يلزمه ^(٤) . فإذا قالوا شاركه هل يأخذ المصف أو الثلث فيه وجهان ^(٥) .

= بالنقص نصبتا معلوما غير مقرر . لسان العرب (٢٢٩٩/٤) ، طلبة الطيلة ١٠٧ . المغرب ٥٠ :

(١) الحاروي الكبير (٢٩٥/٧ ، ٢٩٦) . قال الماوردي : صورتها في رجل ادعى بيع شفعه على رجل فأبكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقاً البائع ومطابقاً للشفعة ، فهذا على ضربين : أحدهما أن يكون البائع مدعياً بقاء النص على المشتري ، والصرب الثاني : أن يكون مقراً بقبضه فإن كان مع ادعاء البيع مدعياً بقاء النص حكم عليه بالشفعة ، لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فحكم عليه بإقراره . وإدكار البائع مع ادعاء البيع مقراً بقبض الثمن من للمشتري ففي الشفعة وجهان . أحدهما . قول ابن سريج وطائفة : أنها باطلة ، لأن الشفعة لا تستحق إلا يمين وليس واحد من البائع والمشتري مستحقاً لقبض الثمن . أما البائع فلاقراره بقبضه ، وأما المشتري فلاإنكاره لاستحقاقه . والوجه الثاني : هو قول كثير من أصحاب الشافعية وسهم المزني كما نقله المصنف أن الشفعة واجبة ؛ لأن البائع مقر باستحقاقها من يده فيحكم بها للشفيع ، الظاهر من قول الشافعي أن الشفعة واجبة .

(٢) هو الشيخ القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي ، تفقه على أبي القاسم الأعطاطي ومسح الحسن بن محمد الزعفراني وأباً داود السجستاني وروى عنه أبو القاسم الطبراني وأبو الوليد حسان بن محمد وغيرهما . له مصنفات كثيرة يقال إنها بلغت أربعمائة في الرد على المخالفين من أصحاب أبي حنيفة والظاهرية منها كتاب الرد على محمد بن الحسن وكتاب الرد على عيسى بن أبان وكتاب التقريب بين المزي والشافعي وكتاب المختصر في الفقه وغيرهما وكل كتبه غير موجودة . ولي قضاء شيراز وهو عالم ذلك القرن ، وفد اعتز به مجدد ذلك القرن . ولد سنة ٢٤٩هـ وتوفي في جمادى الأولى عام ٣٠٦هـ ببغداد . انظر وفيات الأعيان (٥١/١) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٩ ، البداية والنهاية (١٢٩/١١) ، شملات الذنب (٣٥٠/٢) ، المير (٤٥٠/١) ، الفهرست لابن الدم ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٣) ما بين المكونين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٤) فإنه يمتدح وين الله إذا علم صدق المدعي أن يدفع إليه من سهمه الذي ورثه وجهان ، الأول : لا يلزم الحكم بإبطال النسب الذي هو سبب استحقاقه ، الوجه الثاني : يلزمه لأن بطلان السبب في ظاهر الحكم دون باطنه . وهو الصحيح . ونحن نلزمه في باطن الحكم دون ظاهره . انظر الحاروي الكبير (٩١/٧) .

(٥) فإذا قلنا إنه يشاركه في الميراث فكم بأحد من الميراث ، فإن الشافعية اختلفوا في قدره الذي يأخذ على ثلاثة أوجه : الأول : أنه يلزم دفع الفضل من سهمه إذا اشتركوا ، وهو السدس الزائد على الثلث . الثاني : أنه يدفع إليه نصف ما في يده ، لأنه مقر أنه وإياه في مال أبيه سواء . الثالث : يعطيه الثلث ما بقي في يده ، يخص له سدساً في يد أخيه ، إلا أن يكون قاسمه بحكم الحاكم فلا يضمن مما في يد أخيه شيئاً . وهذا الخصة إلى أنه .

حكم ما لو مات محلف ولدين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأبكر الآخر .. ٣٢٤١/٧

١٥٨٨١ - لنا : أنه إقرار من وارث عن يرح معه فوجب أن يشاركه إذا لم يحكم بطلانه كما لو كان الوارث واحداً .

١٥٨٨٢ - ولا يلزم إذا أقر بمعروف النسب ، لأننا حكمنا ببطان اعترافه وإن أسقطت من الحكم الآخر وسوت بين الأصل والفرع جاز .

١٥٨٨٣ - ولأنه أقر بنسب لم يحكم بطلانه فوجب المشاركة في مال الميت فوجب أن يوجب استحقاق بعض الميت فجاز أن يشاركه .

١٥٨٨٤ - وإذا [لم] ^(١) ثبت في حق الباقي كما لو أقر بدين ولا يلزم إذا كذبه المقر ؛ لأن الحق يثبت بالإقرار فأبطله المقر به ؛ بعد ثبوته .

١٥٨٨٥ - قالوا : المعنى في الدين والوصية أنه أقر بحق مطلق ليس في مقابلته حق له ، وفي مسائلنا أقر بحق عليه في مقابلته حق له فإذا لم يثبت ماله لم يثبت ما عليه ، ألا ترى أنه لو أقر بمقد مطلق لزمه الإقرار ولو أقر أنه باعه عبداً بألف لم يلزمه الإقرار حتى يصدقه ويسلم له الثمن ^(٢) .

= بأحد الصف . قال الكاساني : لو ترك ابن فأقر أحدهم بأخ ثالث فإن صفه الأخ المعروف في ذلك شاركه في الميراث كما إذا أقر جميعاً ، وإن كذبه فيه فإنه يقسم المال بين الأخوين المعروفين أولاً نصفين فيدفع الصف إلى أخ الذكر . وأما الصف الآخر فيقسم بين الأخ والمقر وبين المقر له نصيب عند عامة العلماء . وعند ابن أبي ليلى ينقسم أثلاثاً لتناه للسر وأخيه وتلك للسر له ، لأن المال بين الأخوة الثلاثة أثلاث وإن ثبت المقر له : نصفه في يده ونصف في يد أخيه المكر على السر ، إلا أن إقراره على أخيه لا يقض فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث . استدلل الحنفية أن المقر له بأحد النصف وهو في زعم المقر يساويه في الاستحقاق ، والمكر ظالم ، فيحصل ما في يده كالهالك ، فيكون الباقي بينهما بالسوية ، وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يلزمه الثلث فلا يستحق مما في يده إلا الثلث ؛ لأن الشركة بينهم أثلاث . واستدل المالكية والشافعية في وجه الحنابلة وابن أبي ليلى على أنه بأحد الثلث : بأن الشركة بينهم أثلاثاً فلا يستحق مما في يده إلا ثلثاً ، كما ثبت نسبة بينه ، ولأنه إقرار بحق حصل بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالإقرار بالوصية ، وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ، ولأنه حق ، ولأنه لو ثبت بينه لم يلزمه إلا قدر حصته فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية . بدائع الصلت (٣٣٠/٧) ، تبين الحقائق (٢٨/٥) ، نتائج الأثكار (٤٠/٨) ، بداية المجتهد (٣٥٦/٢) ، خلاوي الكبير (٩١/٧ ، ٩٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٦/٥) .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) لخاري الكبير (٨٧/٢) . وقد قال الإمام الماوردي : والأصول تشهد لصحة هذا القول . وضرب المثال على ذلك فقال : ألا ترى لو قال لعبد بعتك نفسك بألف وأبكر العبد لم يقبل قوله على العبد باءاء الألف عليه ، ولزمه إقراره على نفسه في وقوع الحق .

١٥٨٨٦ - قلنا : هذا يطل بمن قال : بعثك نفسك بألف ، فحشد المقر له عتق العبد ولم يثبت البيع ولم يسلم له الثمن . بل عدنا [أنه] ^(١) أقر بحق عليه في مقابله حق له وهو الميراث من المقر له ، وقد ثبت الحقان باعترافهما ، لأن كل واحد منهما يرث الآخر إذا مات ، وليس له وارث معروف ، وإنما لا يثبت إقرارهما في حق غيرهما والمعتبر لحقهما .

١٥٨٨٧ - ألا ترى أنه إذا قال بعثك هذا العبد بألف فصدقه ثبت حق كل واحد منهما من جهة الآخر ، وإن كان الحق لم يثبت في حق غيرهما ، بدلالة أن لكل واحد من الناس أن يقيم البيئة علي استحقاق المبيع بجهة من جهات الاستحقاق ، لأن كل نسب لو أقر به وارثه ^(٢) يجوز الميراث فوجبته مشاركته . فإذا أقر به ولزمه لم يجر الميراث وما وجبت مشاركته . أصله الوصية ، وعكسه إذا أقر بنسب معروف بنسب وإن سلموا للزوجة علي الصحيح .

١٥٨٨٨ - قلنا : أحدهما يُستحق به الإرث فإذا أقر به بعض الورثة جاز أن يشاركه به ، أصله الزوجة .

١٥٨٨٩ - فإن قيل : المعنى فيه أنه لم يقر بحق في مقابله حق له ؛ لأنه إذا مات لا يرثها ، وفي مسائلنا بخلافه .

١٥٨٩٠ - قلنا : ليس إذا أقر أنه وارث أبيه ففي ^(٣) مقابله أنه يرث منه ، لأن الآخرين يشتركان في ميراث أبيهما ، ولا يرث كل واحد منهما الآخر إذا كان لهما أولاد ، وإنما في مقابله ميراث من أبيه [و] ^(٤) ميراث أبيه منه لو [كان] ^(٥) مات قبله . ثم قد بينا أنه يثبت لكل واحد منهما الميراث من الآخر في حقهما ، وإنما لا يثبت في حق غيرهما .

١٥٨٩١ - ولأنه حق يتعلق بسببه لم يحكم ببطلانه فوجب أن يلزم إذا أقر به ، كما لو أقر بأنه باع شقصاً له فحشد المشتري وجبت الشفعة . فإن لم يسلموا ذلك فأصله إذا قال تكلفت لك بألف عن فلان وأنكر فلان أن يكون عليه دين ؛ أو أصله : إذا قال بعثك لياك عتق بلا خلاف ^(٦) .

(١) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ لعل السائل يقتضيه .

(٢) في (ع) ، (م) : [وارث] . (٣) في (ع) ، (م) : [في] .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٨٧/٧) .

حكم ما لو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر .. ٣٢٤٣/٧

١٥٨٩٢ - فإن قيل : المعنى في الشفعة أن البائع أقر بحق عليه في مقابلة حق له . وقد سلم له الثمن من جملة الشفع ، فإذا أسلم له عوضه لم يضره أعيان الناس . وفي مسألتنا أقر بحق عليه في مقابله حق له ولم يسلم ماله فلم يُشْتَقَقْ ما عليه .

١٥٨٩٣ - قلنا : العوض وإن سلم له إلا أنه أقر بسبب يثبت بحكم الشفعة لم يثبت ذلك السبب ولم يحكم بطلانه وثبتت الشفعة التي هي من أحكامه كذلك في مسألتنا لم يثبت ذلك السبب وإن لم يحكم بطلانه فجاز أن يثبت الحكم المتعلق به .

١٥٨٩٤ - قالوا : المعنى في الشفعة أما لو حكمنا بطلان السبب بأن جحد المشتري وحلف [لم] ^(١) يسقط كذلك إذا لم يطل السبب .

١٥٨٩٥ - وفي مسألتنا لو حكم بطلان السبب سقط الإرث كذلك إذا لم يثبت .

١٥٨٩٦ - قلنا : إذا جحد المشتري وحلف فلم يحكم بطلان السبب [وأنا قطعنا المحضمة ، بدلالة أن البائع لو أقام البينة قبلت . ولو كنا حكمنا بطلان السبب لم نسمع البينة ، وإنما يحكم بطلان السبب] ^(٢) إذا استحق المبيع وحكم [به للمستحق ، وذلك يمنع من ثبوت الشفعة .

١٥٨٩٧ - فإن قيل : المعنى فيه إذا قال له : بعتك إياك أن العتق ليس هو في مقابلة العوض فلم يقف وقوعه علي سلامة العوض [^(٣)] وحكم بطلانه] ^(٤) .

١٥٨٩٨ - قلنا : وفي مسألتنا استحقاق المال ليس في مقابله ولا في وقوعه علي سلامة العوض فلا يحتاج إلى السبب ^(٥) لأنه يجوز ^(٦) أن ينفرد عنه فجاز أن يثبت وإن لم يحكم بالنسب [في حق غير المقر . ولأن العتق وإن لم يكن في مقابلة عوض فقد أقر به وعلقه بسببه ، فلم يثبت النسب] ^(٧) وثبت ما تعلق به من العتق .

١٥٨٩٩ - احتجوا : بأنه أقر بحق في مقابله حق له حتى لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يسلم له ماله لم يلزمه ما عليه . أصله إذا قال : بعتك عبدي هذا بألف

(١) ما بين المكوفين ساقط من (م) وفي (ع) : [لم] .

(٢) (٣) ، ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ص) .

(٥) في جميع النسخ [ليس في مقابله ولا وقوعه على سلامة إلى السبب] والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ع) ، (م) : [لا يجوز] .

(٧) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

فأنكر المشتري فإن البائع لا يلزمه ما أقر به ^(١) .

١٥٩٠٠ - قلنا : هذا الوصف غير صحيح ؛ لأنه أقر بالأخوة [وهي ثابته في حقه دون حق غيره ، ففي مقابلتها ثبوت الحق المقر به ، لا في حق غيره وقد ثبت ذلك . ولهذا يره إذا لم يكن له وارث غيره ولم تثبت الأخوة] ^(٢) في حق غيرهما ، فكلل قدم عليه الوارث المعروف .

١٥٩٠١ - ولأنه أقر بما يوجب مشاركته فيما في يده من الإرث ففي مقابلة هذا أن يشاركه هو فيما يحصل في يده من الإرث .

١٥٩٠٢ - وكذلك نقول إن وصل إلى يد المقر به شيء من تركة الميت يشاركه فيه المقر . فأما ميراث المقر به من المقر فلا يثبت إلا إذا لم يكن له وارث [معروف] ^(٣) . وكذلك ثبت له بماله مثله مثل ذلك .

١٥٩٠٣ - ثم هذا يطل بمن قال لعبد أعتقك علي ألف ، ولأمرأته طفنتك علي ألف وكذباه فثبت الطلاق والعق ، وإن لم يثبت المال . واحترازهم عنه بأنه لا ينفك أحدهما عن الآخر ليس باحتراز .

١٥٩٠٤ - لأن ملك المبيع ينفك عن الثمن ^(٤) إذا ملكه لا علي وجه البيع وإنما لا ينفك إذا ملكه بالبيع [كما أن الطلاق بغير عوض في المعنى في البيع] ^(٥) أن البائع لم يفر بسقوط حقه عن المبيع ؛ لأن حق الحس ثابت حتى يستوفي الثمن ، فلما لم يعترف بسقوط حقه عن المبيع لم يجز أن يستحقه المقر له لا لما قالوه ، لأن الوارث قد أقر بسقوط حقه [عن مقدار نصيب المقر له] ^(٦) فكذلك لزمه المال وإن لم يثبت النسب .

١٥٩٠٥ - قالوا : إقرار بنسب ^(٧) ، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الإقرار ، كما لو أقر بمعروف النسب ، وكما لو أقر بمن لا يلد أبوه مثله .

(١) الخواص الكبير (٩٠/٧) ، وعبارة الماوردي [أنه مال يقتضي ثبوته ثبوت سببه فلم يجز إثباته إلا بإثبات سببه . أصله أنه إذا أقر أنه اشترى عبد زيد بألف وأنكر لم يقض عليه بالألف] .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) وثابت في هامش نسخة (ص) .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) وثابت في هامش (ص) .

(٤) في (ع) ، (م) : [البين] . (٥) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ع) ، (م) : [عن المبيع لم يجر مقدار نصيب المقر له] الظاهر أن عبارة [عن المبيع لم يجر] زيادة من النسخ .

(٧) يشترط لصحة الإقرار بالنسب أن لا يكذب الحس بأن يمكن صدقه ، وذلك أن يكون الولد المقر به

حكم ما لو مات فخلف ولدين فأثر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر .. ٣٢٤٥/٧

١٥٩٠٦ قلنا : النسب ثابت عندنا في حق المقر ، غير ثابت في حق غيره . وليس يمنع أن يثبت النسب في حق الواحد ، فنثبت أحكامه ، وإن لم يثبت ذلك في حق غيره ^(١) ، كما يثبت التابع في حق البائع والشفيع ولا يثبت في حق المشتري ، وكما يثبت الكفالة في حق الكفيل والمكفول له إذا تصادق ولم يثبت المال في دمة الأصيل . والمعنى في معروف النسب ^(٢) أنا حكمنا بشيوع النسب من غيره ، والحكم بذلك تكذيب له في إقراره ، فصار التكذيب بالحكم كتكذيب المقر ، فلا يستحق شيئا .

١٥٩٠٧ - وفي مسألتنا يحكم بكذبه فيما أقر به فجاز أن يثبت في حقه ، وإن كان المقر أكبر من أبيه فقد علمنا كذبه فيما أقر به من طريق المشاهدة ^(٣) . ولو كذبه الحاكم لم يثبت لإقراره فإذا كذبه المشاهدة فهو أولي . ^(٤) فإن لزم ^(٥) علي هذا إذا قال لعبد مثله لا يولد مثله هذا ابني إنا قد كذبتاه مشاهدة وإن حكمنا بالعق .

١٥٩٠٨ - قلنا : تكذيب المشاهدة كتكذيب المقر له وذلك لا يمنع من وقوع العتق

١٥٩٠٩ - فإن قيل إذا أقر بمجهول النسب لم يحكم ^(٦) بالنسب ، لأننا ^(٧) حكمنا بكذبه ، والوقوف كالحكم بالتكذيب بدلالة أن البينة إذا لم يعدلها القاضي فهو كما لو

= يولد مثله مثله ، وأن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسب التاب من غيره والنسب لا يقبل بعد ثبوته ، وأن يصدق الولد المقر في إقراره إن كان يستطيع أن يبرر عن نفسه بأن كان بالأم أو صغيرا مبررا . انظر الفتاوى الهندية (٢١٠/٤ - ٢١٣) ، شرح فتح القدير (٣٧٢/٧) ، تبين الحقائق (٢٧/٥) ، حاشية المدسوقي (٤١٢/٣ - ٤١٩) ، نهاية المحتاج (١٧٠/٥) ، الروضة (٤١٤/٤ - ٤٢٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥ ، ٣٢٨) ، كشاف القناع (٤٦٠/٦) .

(١) هكذا في (ع) ، (م) وفي (ص) : [حق الغير ولا فرق بينهما] .

(٢) في (ص) ، (ع) : [للمعروف النسب] والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٣) لأنه يشترط ثبوت النسب أن يمكن صدقه كي لا يكون مكذبا في الطاهر بأن يكون في سن يولد مثله لأنه بأن لا يكون أكبر منه سنا أو مساويا وأن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسب التاب من غيره وأن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف وغيرها من الشروط التي ذكرناها آنفا . انظر نتائج الأفكار (٣٩٣/٨) ، تبين الحقائق (٢٧/٥) ،

المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥ ، ٣٢٨) .

(٤) في (ع) ، (م) : [ولو] .

(٥) في (ع) ، (م) : [فلم يحكم] .

(٦) في جميع النسخ غلطوا أولن لا معنى له لعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ص) : [ألزم] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

ثبت كذب الشهود .

١٥٩١٠ - قلنا : غلط ؛ لأنهم إذا لم يعدلوا جاز أن يحكم بها في الثاني بأن ينضم إليها التعديل ، فإذا خرجوا لم يجوز الحكم بها أبداً ، فلم يتساو الأمران .

• • •



ثبوت النسب بإقرار الورثة ولو كان واحدًا

١٥٩١١ - قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : لا يثبت النسب في حق الميت ١٨٢/١ بإقرار وارث^(١) . ويثبت إذا كان الورثة / رجلين أو رجلًا وامرأتين^(٢) .

١٥٩١٢ - وكان أبو الحسن يقول : يثبت النسب بقول الوارث إن كان واحدًا ، وهو قول أبي يوسف^(٣) .

١٥٩١٣ - وقال الشافعي رحمه الله : من يجوز ميراثه يثبت النسب بقوله وإن كان واحدًا^(٤) .

١٥٩١٤ - لنا : أنه إقرار وارث واحد فلا يثبت به نسب علي الميت ، كما لو كان الورثة جماعة فأقر أحدهم ، ولأنه إثبات نسب علي الغير^(٥) بقول واحد فلم يحز أصله الحال إذا أقر بوارث ولا يلزم الشهادة بالولاية^(٦) ، لأن السب لا يثبت بذلك وإنما يثبت بالولادة ، ولأن النسب معنى يثبت به العتق فلا يثبت علي الغير بقول الواحد ،

(١) انظر بدائع الصائع (٢٢٩/٧ ، ٢٣٠) ، اللباب شرح الكتاب (٧٨/٢) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٦٧/٤) .

(٢) جاء في بدائع الصائع (٢٢٩/٧ ، ٢٣٠) . أنه إن كان أكثر من واحد بأن كانوا رجلين أو رجلًا وامرأتين صاعدًا يثبت النسب بإقرارهم بالإجماع ، وإن أقر رجلان وامرأتان وأكثر الوارث الأخر لا يثبت النسب اتفاقًا . (٣) في (ع) ، (م) : [وهو قول أبو حنيفة] والصواب ما أنشأه . انظر كتاب البدائع (٢٢٩/٧) ، ونفول الطرفين من الحنفية قال المالكية . انظر الذخيرة للقرافي (٣١١/٩) ، بداية المجتهد (٣٩٦/٢) ، وقد غل القرافي عن الطرطوشي قوله : « فإذا ترك ابنًا واحدًا لا وارث له غيره فأقر بأخ لم يثبت نسبه ، ولا يثبت إلا بقول وارثين عدلين . فإن كان جميع الورثة غير عدول لم يثبت بإقرارهم . ووافقنا الحنفية فإنه لا يثبت بالورث الواحد وإن حاز جميع المال » .

(٤) انظر الحاوي الكبير (٩٢/٧) ، حلية العلماء (٣٧٢/٨) ، روضة الطالبين (٤٦١/٤) ، وصارفة المأوردي إن إقرار الوارثين مجدي البتة يوجب ثبوت نسبه ، هكذا لو كانوا جماعة وأقروا أو كان واحدًا وأقر ، لأن الرضى لإقرار من يجوز الميراث » . وبه قال الحنابلة ، قال ابن قدامة : [وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشاركها في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحدًا أو جماعة ، ذكرنا أو أنثى لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه ودونه] ١ هـ . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٢٦/٥) ، المبدع (٣١١/١٠) ، الإنصاف (١٠٠/١٢) .

(٥) في (ع) ، (م) : [علي العتق] .

(٦) قال الكاساني : « الإقرار بالأخوة لإقرار عبي غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره » . انظر بدائع الصائع (٢٣٠/٧) .

أصله الاستيلاء والكتابة .

١٥٩١٥ - ولأن الشهادة أقوى في حق الغير من الإقرار ، بدلالة أن البنين لو كانوا ثلاثة فيشهد الثامن منهم بنسب ثبت النسب ، ولو أقرا لم يثبت ، ومعلوم أن شهادة الواحد من الأولاد في الحال التي تعتبر الشهادة وهي حال الحياة لا يقبل ، كذلك ، إقرار الواحد في الحال التي يعتبر فيها الإقرار إقراراً لا يقبل .

١٥٩١٦ - احتجوا : بما روى الزهري ^(١) عن عروة ^(٢) عن عائشة ^(٣) قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص ^(٤) وعبد بن زمعة ^(٥) إلى رسول الله ﷺ في امرأة

(١) في (ع) ، (م) : [لذلك] .

(٢) هو الإمام محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري المدني التاجي المشهور ، أول من وردت الشريعة ، من أكابر الحفاظ والفهاء ولد عام ٥٠ أو ٥١ هـ وتوفي سنة ١٢٢ أو ١٢٤ هـ ، حدث عن ابن عمر وسهل بن سعيد الأنصاري وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وله نحو ألفي حديث ورأى عشرة من الصحابة طبقات ابن سعد (٣٨٩ ، ٣٨٢/٢) ، تذكرة الحفاظ (١١٣/١) ، البداية والنهاية (٣٤٠/٩) ، سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ، شذرات الذهب (١٦٣/١) ، المعبر (١٢١/١) .

(٣) هو عروة بن الزبير بن العوام القرشي أخ عبد الله بن الزبير ، أهما أسماء بنت أبي بكر الصديق . وهو من فقهاء المدينة السبعة ولد عام ٢٩ هـ وحفظ عن والده وتوفي سنة ٩٤ هـ على الأرجح . قال الزهري رأيت عروة بحراً لا ينفذ . انظر التاريخ الكبير للبخاري (٣١/٤) ، طبقات ابن سعد (١٢٢/٥) ، الكامل في التاريخ (٤٦/٢ - ٥٦) ، سير أعلام النبلاء (٤٢١/٤) ، تذكرة الحفاظ (٦٢/١) ، المعبر (٨٢/١) ، تهذيب الكمال (١١/٢٠ - ٢٥) .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو إسحاق سعد بن أبي وقاص بن مالك بن وهب بن عبد مناف القرشي الزهري المدني ، من السابقين إلى الإسلام ومن المهاجرين الأوائل ، شهد بدرًا وأحماً وسائر المشاهد وحامي رسول الله ﷺ ، يقال له فارس الإسلام وهو فاضل العراق وغيرها وأول من رمى سهماً في سبيل الله ، وأحد العشرة المشرفين بأمة وأحد أصحاب الشورى الستة توفي قرب المدينة بالمعيق ودفن بالقيع سنة ٥٥ هـ ، وله في كتب الحديث ٢٧٠ حديثاً ، روى عن الرسول ﷺ وعن الصحابة وولي الكوفة لصر واعتزل الفتنة . انظر البداية والنهاية (٧٢/٨) ، الإصابة (٣٣/٢ ، ٣٤) ، الاستيعاب (١٨/٢) ، طبقات ابن سعد (٣٣/٢) ، شذرات الذهب (١١١/١) ، مرآة الجنان (١٢٨/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٢١٣/١) ، الأعلام (١٣٧/٣) .

(٥) هو عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبدود بن نصر العامري القرشي أخو سودة بنت زمعة وأبها أم المؤمنين ، ثبت خبره في كتب الصحاح في شخصية سعد بن أبي وقاص في ابن وليلة زمعة ، وكذا رمة مات قبل فتح مكة ، وأسلم ابنه عبد هذا يوم الفتح ونازعه سعد بن أبي وقاص في ابن وليلة زمعة قصص النبي ﷺ لسعد بن زمعة وقال احبني منه يا سودة ، قال ابن عبد البر الأندلسي : كان من سادات الصحابة انظر الإصابة في تهذيب الصحابة (٤٣٣/٢) ، أسد الغابة (٤١١/٣ ، ٤١٢) .

ثبت السب بإقرار الورثة ولو كان واحداً ۳۲۴۹/۷

زمنة^(٢) فقال سعد : أوصاني أخني عتبة^(٣) إذا قدمت مكة^(٤) أن أنظر إلى ابن أمة أبي زمنة ، وأقصه ، فإنه ابنه . وقال عبد بن زمنة : أخني ابن أمة أبي زمنة^(٥) ، ولد علي فراش أبي فرأى رسول الله ﷺ شبهاً بيئاً بضه فقال : هو لك يا عبد بن زمنة « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(٥)

١٥٩٩٧ - والجواب : أن زمنة خُلف ولدين : عید وسودة^(٦) واعتراف أحد الوراثين لا يثبت النسب به في حق الميت باتفاق .

(١) اسم عبد الرحمن المتنازع عليه .

(٢) في جميع النسخ أبي عتبة ، الصواب أخني عتبة طبعاً لما هو موجود في كتب الحديث . هو عتبة بن أبي وقاص بن مالك وهو الذي شح وجه رسول الله ﷺ وكسر رباعيته يوم أحد ، وما علم إسلامه ولم يذكره أحد من المتقدمين من جملة الصحابة ، قيل إنه مات كافراً ، قال الزبير بن بكار عتبة بن أبي وقاص كان أصاب دث في فريش فانتقل إلى المدينة قبل الهجرة فاتخذ بها منزلاً ومألاً ومات في الإسلام وأوصى إلى سعد بن أبي وقاص بذلك الوصية . انظر أسد الغابة (٤٦٨/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣٢٠/١) .

(٣) قال أبو بكر الأنباري : سميت مكة لأنها تمت الجبارين أي تذهب نخوتهم ، ويقال سميت مكة لأردحام الناس بها وسماها الله تعالى أم القرى والبلد الطيب ، وبكة ، قيل : إن اسم مكة اسم مدينة وبكة اسم البيت . يرجع تاريخ عمارتها إلى عهد إبراهيم لحليل وابنه إسماعيل عليهما السلام سنة ١٨٩٢ قبل الميلاد . انظر معجم البلدان لياقوت الحموي (١٨١/٥ - ١٨٨) .

(٤) في (م) : [ربيعة] .

(٥) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب المغازي (١٩٢/٥) . ومسلم في صحيحه كتاب الرضاع باب الولد للفراش وتوفي الشبهات (١٠٨١/٢) رقم ١٤٥٧ ، الترمذي في سننه كتاب الرضاع باب ما جاء أن الولد للفراش رقم ١١٥٧ وقال حديث حسن صحيح ، وأبو داود في سننه (٢٨٢/٢) كتاب الطلاق باب الولد للفراش وللعاهر الحجر رقم ٢٢٧٣ ، وابن ماجه في سننه كتاب النكاح باب الولد للفراش وللعاهر الحجر (٦٤٧ ، ٦٤٦/١) رقم ٢٠٠٦ ، ٢٠٠٧ ، الدارمي في سننه (٢٠٢/٢) باب الولد للفراش رقم ٢٢٢٧ ، البيهقي في السنن الكبرى (٨٦/٦) كتاب إقرار الوارث بوارث .

(٦) هي أم المؤمنين سودة بنت زمنة بن قيس ، كانت قبل رسول الله ﷺ تحت ابن عمها السكران بن عمرو أبي سهل بن عمرو ، وكان سكران بن عمرو ﷺ مسلماً وهو من المهاجرين إلى الحبشة ، ثم قدم مكة فمات بها السكران مسلماً ، وقال ابن سعد أسلمت سودة بمكة قديماً وبألمت وأسلم زوجها سكران وخرجها مهاجرين إلى أرض الحبشة في الهجرة الثانية ، تزوج رسول الله ﷺ سودة في رمضان سنة ١٠ من البعثة بعد وفاة خديجة وقيل زواج عائشة ودخل بها بمكة وهاجر بها إلى المدينة ، فهي أول امرأة تزوجها بعد خديجة رضي الله عنها خمس أسديت عبد الله بن عباس ، وماتت في آخر خلافة عمر ﷺ . وقيل توفيت في شوال سنة ٥٤هـ في خلافة معاوية بن أبي سفيان في المدينة . انظر سير أعلام النبلاء (٢٦٥/٢ ، ٢٦٦) ، تهذيب التهذيب (٣٤٨/٢) .

١٥٩١٨ - فإن قيل : زمة مات كافراً وكان عبداً علي دينه ، وكانت سودة مسلمة ، فلم ترثه . الدليل عليه ما روي أن عبداً قال : أسلمت أحتي فحملتها وَوَدَّتُ أَنْ أكون أسلمت يوم أسلمت ^(١) .

١٥٩١٩ - قلنا : الذي ذكرتموه يحتاج إلى شرائط منها : موت زمة علي الكفر ، وكفر عيد حين موته ، وتقدم إسلام سودة علي موت أبيها ، وهذه شرائط لا تثبت إلا بالنقل ولم يقل واحد منها ^(٢) .

١٥٩٢٠ - فإن قيل : يجوز أن يكون النبي ﷺ سمع إقرار سودة قبل ذلك ^(٣) .

١٥٩٢١ - قلنا : الظاهر تعلق الحكم بالسب المتقول دون غيره . ولم ينقل إلا إقرار عبد ^(٤) خاصة ، فعلم أنه أثبت النسب في حقه بإقراره ، ولم يثبت في حق أبيه . وكذلك نقول . تبين من هذا أنه عليه الصلاة والسلام قال لسودة : احتجبي عنه يا سودة ، فإنه ليس بأخ لك ^(٥) ، ولو ثبت النسب في حق الميت [لثبت الأخوة في حقنا ، فعلم أنه أثبت النسب في حق الميت] ^(٦) .

١٥٩٢٢ - قلنا : هذا تعليل لقطع النسب عن عتبة لانتسابه من زمة ، ولأنه إذا ثبت النسب في حقه بإقرار فقد أثبت ، لأنه أقر بالفراش فثبت النسب في حقه باعتراؤه علي أبيه بالفراش ، وإن لم يثبت في حق أبيه بدلالة أمره لسودة بالاحتجاب ^(٧) .

(١) قال المازدي وهو يصدد الجواب على اعتراضات الحنفية والمالكية : إن عبداً هو وارث أبيه وحده ، لأن سودة كانت قد أسلمت قبل موت أبيها ، وكان عبد علي كفره ، فكان هو الوارث لأبيه الكافر دون أمته المسلمة . انظر الحاوي الكبير (٩٣/٧) .

(٢) قوله [ولم ينقل واحد منها] غير صحيح ، بل نقل جميعها ، لأن زمة مات قبل الفتح بي مكة على الكفر ، وأسلم ابنه عبد عام الفتح سنة ثمان من الهجرة ، وسودة كانت من المهاجرين إلى الحبشة وذلك يس على سبق إسلامها على إسلام أخيها عبد . انظر الإصابة (٤٣٣/٢) ، أسد الغابة (٤١١/٣ ، ٤١٢) ، سير أعلام النبلاء (٢٦٥/٢ - ٢٦٩) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٩٣/٧) . (٤) في (م) : [عندنا] ، وفي (ع) : [عند] .

(٥) انظر صحيح البخاري (١٩٢/٥) ، وعبارته : قال رسول الله ﷺ لسودة بنت زمة احتجبي منه لما رأي من شبهه بعتي بن أبي وقاص ، قالت : فما رأها حتى لقي الله .

(٦) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) اتفق الفقهاء على عدم ثبوت النسب باعتراف أحد الوراثين مع إنكار الآخرين . انظر بدائع الصنيع (٢٢٩/٧) ، الذخيرة (٣١١/٩) ، بداية المجتهد (٣٩٦/٢) ، الحاوي الكبير (٩٢/٧) ، المنها مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥) .

ثبوت النسب بإقرار الورثة ولو كان واحداً، ٣٢٥١/٧

١٥٩٢٣ - فإن قيل : إنما أمرها أن تحتجب احتياطاً لما رأى من الشبه بعتة (١) .

١٥٩٢٤ - قلنا : الشبه الذي لا يثبت به النسب لا يجوز أن يقطع أحكام النسب الثابت (٢) .

١٥٩٢٥ - فإن قيل : أراد أن يبين أن للزوج أن يحجب الزوجة عن أقاربها (٣) .

١٥٩٢٦ - قلنا : لا يجوز ذلك .

١٥٩٢٧ - قالوا : كل من جاز إرثه ملك لإحقاق النسب ، أصله إذا كانوا جماعة (٤) .

١٥٩٢٨ - قلنا : الجماعة لو شهدوا عليه في حال الحياة جاز أن يثبت النسب بشهادتهم (٥) فجاز أن يثبت بإقرارهم في الحال التي تعتبر الإقرار ، والواحد لا يثبت النسب بشهادته (٦) في الحال التي تعتبر الشهادة فيها ، لذلك لا يثبت في حق الغير بإقراره في الحال التي لا يعتبر الإقرار فيها .

١٥٩٢٩ - قالوا : [كل] (٧) حق ثبت بالاعتراف صح أن يثبت باعتراف واحد كما لو كان المعترف به أباه (٨) .

١٥٩٣٠ - قلنا : الأصل أن الاعتراف يثبت به الحق في حق المعترف دون غيره فلا يصح أن يقال : اعتراف الأب لما ثبت به الحق علي نفسه يجب أن يثبت باعتراف غير الأب علي غيره .

(١) إنه عليه السلام أمرها بالاحتجاب مه على سبيل الاحتياط والورع وصيانة لأسماء المؤمنين من بعض المباحات مع الشبهة ، وذلك لما رأى عليه السلام في الولد من الشبه الذي بعتة بن أبي وقاص . انظر الحاروي الكبير (٩٤/٧) ، سبل السلام (٢١١/٣) .

(٢) لأن المسألة مبنية على القطع أو الظن دون الشك ، ومن شروط صحة ثبوت النسب أن يكون المدعى مجهول النسب ليصح أن يلحق نسب بمن يدعي ، فإن كان معروف النسب فدعواه مردودة لبطولانها . انظر تبين الحقائق (٢٧/٥) ، الحاروي الكبير (٨٦/٧) .

(٣) انظر الحاروي الكبير (٩٤/٧) ، وفيه : أن للزوج منع زوجته من الظهور لأحبها وأهلها فلم يكن في الملع دليل على اختلاف النسب .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، هذا استدلال للإمام أبي يوسف أن إقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولاً في حق النسب كإقرار الجماعة .

(٥) في (ع) ، (م) : [بشهادته] . (٦) في (ع) : [بشهادتهم] .

(٧) ما بين المكونين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٨) انظر الحاروي الكبير (٩٤/٧) ، وفيه : أن من ثبت الميراث بإقراره ثبت النسب بإقراره كالموروث .

- ١٥٩٣١ - ولأن الأب إذا أقر فهو يثبت النسب علي نفسه ، ثم يسري إلى غيره ، فلذلك جاز أن يعتبر العدد في أحدهما دون الآخر .
- ١٥٩٣٢ - قالوا : أخبار لا يراعى فيها العدالة فوجب أن لا يراعى فيها العدد . أصله سائر الإقرارات ^(١) .
- ١٥٩٣٣ - قلنا : من أصحابنا من اعتبر العدالة في الورقة المقرين والعدد جميعاً ، فملى هذا الوصف غير مسلم ^(٢) . وإن سلمنا فلأن العدالة شرط لنفي التهمة ، والمقرها غير متهم ، لأنه يلزم نفسه الحق ، وههنا يلزم غيره فقله ^(٣) يثبت بالشهادات فجاز أن يعتبر العدد كما اعتبر في الشهادات .
- ١٥٩٣٤ - قالوا : الوارث يقوم مقام مورثه ، بدليل أنه يثبت باعترافهم عليه ما يثبت باعترافه على نفسه ، وبملك إقامة بيناته ودعاويه فإذا كانوا كهو ثم ثبت أنه يستلحق النسب فلذلك ملكوا أن يستلحقوه ^(٤) .
- ١٥٩٣٥ - قلنا : إنما قاموا مقامه في استيفاء حقوقه وقضاء ديونه وأما فيما عليه فلم يقوموا مقامه بدلالة أنهم [لو] ^(٥) أقروا بدين لم يحكم بثبوته عليه ، والنسب حق لثبوته عليه ، فلم يقوموا مقامه فيه .
- ١٥٩٣٦ - ولأنه إذا أقر على نفسه فهو أصل في الالتزام ، وإذا أزموه فهو فرع عليه .
- ١٥٩٣٧ - ويجوز أن تختلف صفة الفرع والأصل في الالتزام ، كما يختلف شهود الفرع في العدد عند مخالفتها ، وفي سائر الصفات عندنا .

• • •

(١) استعي مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥) . قال ابن قدامة : إنه حق يثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدي ، ولأنه قول لا تصرف فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كإقرار الوروث ، واعتباره بالشهادة لا يصح ، لأنه لا يضر به اللفظ ولا العدالة ، ويطل الإقرار بالدي .

(٢) بدائع الصنائع (٢٢٩/٧) ، الذخيرة للقرافي (٣١١/٩) .

(٣) في (ج) ، (م) : [يثبت] .

(٤) المحاربي الكبير (٩٤/٧) ، وفيه : أن الورثة يحلفون مورثهم في حقوقه إثباتاً كالحجج والبيات ، وفصلاً كالدي والقباض . والنسب حق له إثباته حياً فكان للورثة إثباته ميتاً . ويحجر منه قياسان : أحدهما : أن ما ملك المورث إثباته من حقوقه ملك الورثة إثباته بعد موته كالدين والنسب ، والثاني : أن من ملك إثبات الحق ملك إثبات الأنساب كالوروث .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ج) ، (م) .



إقرار أحد الورثة بالدين وإنكار الآخرين

١٥٩٣٨ - قال أصحابنا : إذا أقر أحد الورثة بدين ووجد الباقرن أخذ جميع الدين من نصيب المقر خاصة ^(١) .

١٥٩٣٩ - وهو قول الشافعي كقوله في القديم ^(٢) وقال الشافعي كقوله في الجديد ^(٣) يؤخذ من حقه بمقدار نصيبه من الإرث ^(٤) .

(١) مختصر العلماء (٢٠٨/٤) ، المبسوط (٤٨/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٩/٥) ، الناية على النهاية (٦٠١/٧) ، نتائج الأكار (٤٠١/٨) . ورؤوس المسائل ص ١٤١ ، وقد نص الزمخشري على أنه إذا ادعى على الميت ديناً فأنكر أحد الورثة بهذا الدين على أبيه فإن عدنا يجب أدائه في حصته نفسه من نصيبه ، لأن إقرار الإنسان إنما يصح في حق نفسه ، لأنه لا نعمة فيه وأما في حق غيره فإنه منهم فوجب ألا يصح . (٢) انظر روضة الطالبين (٤١١/٥) .

(٣) يقول ينقسم إلى قديم وجديد ، والقول القديم : هو ما قاله الشافعي في المراق أو قبل انتقاله إلى مصر أو صفته في كتاب أو أحيى به في هذه الفترة . ومن أهم كتبه الحجة ومن أهم روائه الإمام أحمد بن حنبل والزعفراني وأبو ثور سواء رجع عنه وهو الغالب وهذا ما عاه الشافعي بقوله لا أجعل في حل من رواه عني أو لم يرجع عنه وهو قليل في مسائل محدودة قيل إنها : ثلاث مسائل ، وقيل إنها (١٧) مسألة وقال كثير هي عشرون مسألة . وقد أشار النووي إلى أن إفتاء الأصحاب بالقديم في هذه المسائل وترجيحهم له لا يلزم منه سببه إلى الإمام ، بل هو محمول على أن اجتهدهم فاعل المذهب أدعى بهم إليه لظهور دليله ، إلا إذا عضده حديث صحيح غير معارض له فهو ملغى ومنسوب إليه حيث قال : « إذا صح الحديث فهو مذهبي » . يقول الجديد : هو ما قاله الشافعي بمصر تصديقاً وإفاء ومن أهم كتبه الأم . الإنلاء ، مختصر المزني ومختصر البويطي ومن أهم روائه المزني والبويطي والربيع المرادي والحري وأبو عبد الحكيم وعمره . إذا كان في المسألة قولان قديم وجديد فالجديد هو الصحيح ، وعليه العمل إلا في بعض المسائل . منفي المحتاج (١٣/١) ، نهایة المحتاج (٤٨/١ - ٥٠) ، المجموع (٦٦/١ - ٦٧) ، صفة كتب مفيدة ص ٤٧ .

(٤) انظر المحادي الكبير (١٠٣/٧) ، المذهب (١٥٢/٢) ، كتاب الأم (٣١٧/٣) ، الفقه ص ١٦٦ وقال الشيرازي في المذهب : « إن كان المقر عدلاً جاز أن يقضي بشهادته مع شاهد آخر أو مع امرأتين أو مع ثلثة للدين . وإن لم يكن عدلاً حلف النكر ولم يلزمه شيئاً . وأما المقر به فقه قولان : الأول : أنه يلزمه جميع الدين في حصته ، والثاني : أنه لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته » . والملاحظ أن الشيرازي لم يذكر حل القولان في الجديد أم في القديم ، إلا أن النووي في روضة الطالبين يصرح للقولان فقال : إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول ، فلو أنكر بعضهم بدين وإنكر بعضهم قولان : القديم : على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن ولى به وإلا لمصرف جميع حصته إليه ، لأنه إنما يستحق الميراث بعد قضاء الدين . -

١٥٩٤٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَجِجٌ دُخَانٌ يُمِصُّهَا أَوْ دَدٌّ مُدْتَلِفٌ أَلْعَنَ اللَّهُ الْكَاذِبِينَ ﴾ (١) فأنت على الإرث بعد الدين ، ولو لم يعثر جميع ما أقر به استحق الميراث مع بقاء الدين على الميت في زعمه ، وهذا لا يصح .

١٥٩٤١ - ولا يقال : إنه تعالى سوى بين الدين والوصية ، وإن جاز أن يُسَلَّم له الميراث قبل استتمام الوصية المقر بها ؛ لأن الظاهر منع ثبوت الإرث قبل الوصية لولا قيام الدلالة .

١٥٩٤٢ - ولأن الإقرار بالدين معنى يحور أن يستحق به جميع التركة من يد الورثة فجاز أن يستحق به جميع ما أقر به بعض الورثة من نصيبه . أصله : إذا أقر بعين وعليه الوصية .

١٥٩٤٣ - ولا يقال : الوصية وتُستحق بها جميع التركة عندكم ولا تستحق جميعها إذا أقر بها الوارث من نصيبه ، لأن الوصية يُستحق بها جميع المال إذا لم يكن هناك ورثة .

١٥٩٤٤ - ونحن قلنا : معنى يستحق به جميع التركة من يد الورثة .

١٥٩٤٥ - فإن قالوا : بموجب العلة فيمن مات وترك ابنتين وألفين فأقر أحدهما بألفين استوفى جميع ما في يده (٢) .

١٥٩٤٦ - قلنا : فجاز أن يستحق به ما أقر به من نصيبه ، وهناك لا يستحق جميع ما أقر به ولأنه لو أقر على الميت بدين يستغرق ما في يده من التركة قللمقر له استيفاء [ما في يده إذا لم يقدر على استيفائه] (٣) من غيره ، كما لو كان الوارث واحداً

والجديد : أنه لا يلزمه إلا بقصد حصته من التركة . فعلى الجديد لو مات المذكر ورثته المقر فهل يلزمه الآن جميع الدين المقر به ؟ وجهان : أحدهما نعم ، لحصول جميع التركة في يده . ويفرغ على القولين فرعان ، أحدهما : لو شهد بعض الورثة بدين على الورث إن قلنا لا يلزمه بالإقرار إلا حصته فثبت شهادته وإلا فلا ، لأنه منهم . وسواء كانت الشهادة بعد الإقرار أو قبله . ويقول الشافعي في الجديد قال مالك والحناابلة ، وهو قول النحوي والمفسر البصري وابن أبي ليلى وابن شبرمة والأوزاعي وأبي ثور . قال ابن قدامة : « وإن أقر أحدهم بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه ، وإن كانا اثنين لزمه النصف وأن كانوا ثلاثة فثلثه الثلث » . وجاء في الدعيرة قول الخرطوشي : إذا أقر بعض الورثة بدين على الميت لزمه بقدر حصته ، قاله مالك . الدعيرة (٢٦٢/٩) .

المفتي مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥) ، الإصناف (١٥٥/١٢) ، مختصر اختلاف العلماء (٢٠٨/٤) . (١) سورة النساء : الآية ١١ .

(٢) انظر المحامى الكبير (١٠٣/٧) ، وعبارته « لو كانت التركة أثماً والورثة اسين فأقر أحدهما بألف فزعم لزمه منها على القولين خمسمائة درهم ، لأنها جميع حصته فلا يُلزم أكثر منها » .

(٣) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

وبعض التركة في يد الغاصب .

١٥٩٤٧ - ولأنه تعذر استيفاء الدين مما ليس في يده فوجب أن يستوفي مما في يده منها إذا كان فيه وفاء . أصله : إذا قامت البينة وبقيت الورثة غيب .

١٥٩٤٨ - ولأن الوارث الجاحد غاصب لما في يده في (١) زعم المقر ، مصار كالأجنبي إذا غصب بعض التركة (٢) .

١٥٩٤٩ - فإن قيل : إذا أقر أحد الابنين بوصية خمسين درهما ، وجحد الآخر والتركة ثلاثمائة استوفى من نصيب المقر خمسة وعشرين [درهماً] (٣) . ولو كان نصف المال في يد الغاصب استوفى منه جميع الخمسين .

١٥٩٥٠ - قلنا : لا نعرف رواية في هذه المسألة .

١٥٩٥١ - وإنما قالوا : إذا أقر أحدهما أنه وصى بالثلث لم يلزمه إلا بقدر حقه ، لأن الموصى له شهد له الوارث ؛ فالهالك من المال والمجحد على الحقتين [سواء] (٤) والدين يشته على وجه التقديم ، ولا يثبت على وجه الشركة .

١٥٩٥٢ - فأما في هذه المسألة فنلزمه ذلك بعض المال لم ينقص الموصى له من وصيته . كذلك إذا جحد الشريك .

١٥٩٥٣ - فإن قيل : قد قلتم أنه إذا أقر أحد الابنين أن الميت أوصى بالثلث دفع ثلث ما في يده . وقد كان يجب أن يدفع نصف ما في يده ، لأن الجاحد استوفى نصيبه والمقر زعم أن حقه وحق الموصى له سواء .

١٥٩٥٤ - لعل هذا كان القياس عندهم ، وإنما تركوه لأنه يؤدي إلى ما لا يصح . ألا ترى أننا لو أقرنا المقر نصف ما في يده جاز أن يقر الابن الآخر بوصية الثلث فيدفع إلى المقر له مثل ذلك فيستحق بالبوصية نصف مال الميت ، وهذا لا يجوز .

١٥٩٥٥ - وليس هذا كالدين ؛ لأن المقر متى أقرناه دفع ما في يده [و] (٥) في يد شريكه وأقرناه دفع ما في يده فيستحق جميع ما في التركة بالدين وهذا غير ممتنع .

١٥٩٥٦ - ولأن / كل جزء من التركة مشغول بكل الدين ، بدلالة أن التركة لو

(١) في (ع) ، (م) : [من] .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٣٠ / ٧) .

كانت أضعاف الدين فهلكت إلا مقدار الدين استوفى الغرماء ما بقي بدينهم .

١٥٩٥٧ - ولو كان كل جزء من التركة مشغولاً بجزء من الدين لسقط من الدين بحصة الهالك . وتبين ذلك أن الدين لو ثبت بالبيبة فتصرف بعض الورثة بنصيب أحد جميع الدين من الحاضر . ولو كان الدين منقسماً عليها لم يؤخذ ^(١) من الحاضر إلا مقدار نصيبه ولو كان في التركة عين ودين أخذ الغريم جميع ماله من العين ^(٢) ولم ينتظر خروج الدين بقدره [وتعلق كل جزء بجزء من المال يؤخذ من العين بقدره ، ومن الدين بقدره] ^(٣) وليس هذا كالوصية ؛ لأنها ثبتت مشتركة مع الوارث ، بدلالة أنها إذا كانت بجزء مشاع ثم هلك بعض المال بطل من الوصية بقدره ، فلذلك لا يستحق الموصى له من نصيب المقر جميع وصيته .

١٥٩٥٨ - احتجوا : بأنه أقر بدين تعلق بمال مشترك فوجب أن يجب عليه بقدر حقه منه . أصله : العبد المشترك إذا أقر أحد الشريكين باستهلاك مال ووجد الآخر استوفى من نصيب المقر النصف ، كذلك هذا ^(٤) .

١٥٩٥٩ - قلنا : دين العبد في أحد النصيبين غير متعلق بالنصيب الآخر ، بدلالة أن الدين لو ثبت ببيبة ثم غاب أحد الشريكين لم يستوف جميع الدين من نصيب الآخر ، وإذا أقر استوفى من نصيبه بقدره . وأما الدين فكل جزء من التركة مستحق بجمعيه ، بدلالة أنه لو ثبت بالبيبة ثم غاب أحدهما استوفى من نصيب الآخر . وإذا أقر تعذر الاستيفاء من نصيب الآخر فصار كتعذر غيبته ^(٥) .

١٥٩٦٠ - قالوا : ما ثبت بالإقرار في حق المقر كالثابت بالبيبة . ومعلوم أن الدين لو ثبت بالبيبة استوفى من نصيب أحدهما النصف كذلك إذا ثبت بالإقرار ^(٦) .

١٥٩٦١ - قلنا : إذا ثبت الدين بالبيبة ^(٧) وتعذر الاستيفاء من أحدهما بعينه استوفى جميع الدين من الحاضر . فإذا أقر أحدهما فقد تعذر الاستيفاء من الجاحد ، فوجب أن

(١) في (ع) ، (م) : [لم يوجد] . (٢) في (ع) ، (م) : [من الدين] .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر المنهني مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥) في هذا المنهني .

(٥) في (ع) ، (م) : [بعينه] .

(٦) عبارة [ولأن ما كان متعلقاً في جميع التركة إذا ثبت بالبيبة فكذلك بالإقرار كالوصية] انظر هذا المنهني في الحواشي الكبير (١٠٣/٧) ، للمنهني مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥ ، ٣٤٠) .

(٧) في (ع) ، (م) : [بالبيبة] .

يستوفى الجميع من المقر .

١٥٩٦٢ - فأما إذا أقر^(١) جميعاً أو قامت عليهما^(٢) البينة وهما حاصران فقد أمكن استيفاء الدين منهما .

١٥٩٦٣ - فلو قلنا : إن جميعه يستوفى من أحدهما ، وثبت له الرجوع على شريكه لم يكن في ذلك فائدة .

١٥٩٦٤ - فقلنا : يأخذ من كل واحد منهما بمقدار نصيبه .

١٥٩٦٥ - قالوا : لو وجب جميع الدين من نصيب المقر لم تقبل شهادته بالدين مع غيره ، لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة مغرماً ويتخلص من بعض [ما وجب]^(٣) [عليه]^(٤) فلما قبلت شهادته دل على أنه لا يجب عليه بالإقرار إلا مقدار نصيبه^(٥) .

١٥٩٦٦ - الجواب : أن أحد الوارثين عندما لو أقر ثم شهد لم تقبل شهادته ، لأنه يدفع شهادة بعض ما وجب عليه بإقراره فأما إذا ابتدأ فشهد فشهادته مقبولة ، ولا يعتبر ما في ضمن شهادته ؛ لأنه لو ثبت [ثبت بالإقرار]^(٦) لا بالشهادة .

١٥٩٦٧ - ألا ترى أن شهود الزنا في ضمن شهادتهم القذف^(٧) ، ولو تقدم القذف لم تقبل شهادتهم ؛ لأنهم يدعون بها الحد^(٨) . ومتى لم يقذفوه حتى شهدوا جازت

(١) في (ع) : [أقر] ، في (م) : [أقرأ] - في (ع) ، (م) : [عليهم] .

(٢) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المكونين ساقط من جميع النسخ .

(٤) الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، للمهذب (٤٥٢/٢) ، المحي مع الشرح الكبير (٣٤٠/٥) .

(٥) ما بين المكونين ساقط من جميع النسخ .

(٦) القذف لغة : هو الرمي تقول : قذف بالحجارة قذفاً من باب ضرب أي رمى بها ، وقذف المحصنة قذفاً أي رماعا بالفاشة . وفي الاصطلاح هو الرمي بالزنا . والقذف من الكياتر بالإجماع إذا قذف رجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا ، وطالب المقتوف بالحد حده الحاكم لعائين سوطاً ، إن كان سراً يفرق على أعضائه ، ولا يحد عن ثيابه ، غير أنه يترع عنه الفروة والحشر . وإن كان علناً جلده أربعين . لسان العرب (٣٥٦٠/٥) ، والمصباح المنير (٦٧٨/٢) ، اللباب شرح الكتاب (١٩٥/٢) .

(٨) الحد في اللغة : الفصل والمنع من الأول قول الشاعر وجاء على الشص حداً لا خفاء به ، ومن الثاني حدته تعالى إذا سمته ، فهو محدود ومنه المحدود للقدرة في الشرع وجبت سقاً لله تعالى لأنها تمنع من الإقدام ، ويسمى الحاجب حداً لأنه يمنع من الدخول من غير أهلها ، وحد الشص بمنع أن يدخل فيه ما ليس منه ، وأن يخرج منه ما هو منه . انظر المصباح المنير ١٧١/١ ، الترميزات ص ٩٧ ، العظم للمصنوب (٢٦٦ ، ٢٦٥/٢) .

الشهادة ولم يعتبر ما في حبسها من دفع الحد ^(١) .

١٥٩٦٨ - الحد كذلك في مسائلنا على هذا : إذا ادعى الوكيل أنه باع وفي ضمن إقراره أنه انزل - ولو انزل لم يجر إقراره ولم يعتبر ما في ضمن إقراره - لتنافي الإقرار .

١٥٩٦٩ - فإن قيل : من أصلنا على أحد القولين أن الشهادة ليست بالقذف فلا تتضمن الشهادة دفع الحد .

١٥٩٧٠ - قلنا : فكذلك ^(٢) الشهادة ليست بإقرار . فإن حاز أن يعتبروا ما في مضمونها من الإقرار جاز أن يعتبر ما في ضمن الشهادة من القذف بالزنا ، ولا فرق بين الأمرين .

١٥٩٧١ - قالوا : وعلى القول الآخر أن الشهادة إذا لم تتم تحق الشهود .

١٥٩٧٢ - فنقول : لو تمت الشهادة لم يثبت القذف ، فلم يكونوا بالشهادة دافعي مفرم ^(٣) ولو تمت الشهادة بالدين ثبت الدين فقد دفعوا مفرمًا .

١٥٩٧٣ - قلنا : إذا تمت الشهادة لم يلزم الشاهد كل الدين ، فلم يدفع بشهادته شيئًا ، كما أن الشهادة إذا تمت بالزنا لم يثبت القذف ، فلم يصير دافعًا بشهادته شيئًا ، ولا فرق بينهما .

١٥٩٧٤ - ولأن الدين إذا ثبت بالإقرار لم يجر أن يستوفى من نصيب الشريك باتفاق . وإذا ثبت بالبينة جاز أن يستوفى من نصيب الشريك إذا غاب الشاهد ، ومع ذلك تقبل شهادته ، ولا يصير كأنه شهد بأن شريكه تكفل عنه ، بذلك تقبل شهادته ولا يصير دافعًا عن نفسه .

• • •

(١) مي (م) : [الحد] وهو الصواب أما في (ص) ، (ع) : [حد القذف] .

(٢) هكذا في (ع) ، (م) : [وهو الصواب] .

(٣) مي (ص) : [معدم] . والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .



هل إقرار الرجل بنسب ولد يثبت زوجية أمه الحرة ؟

- ١٥٩٧٥ - قال أصحابنا : إذا أقر الرجل بنسب ولد ثم مات فجاءت أمه تدعي الزوجية وهي حرة كان لها الميراث ^(١) .
- ١٥٩٧٦ - وقال زفر ^(٢) : لا ميراث لها ^(٣) .
- ١٥٩٧٧ - وبه قال الشافعي ^(٤) .

- (١) مختصر اختلاف العلماء (٢٠٨/٤) ، مختصر الطحاوي ص ١٥٣ ، الهداية (٣٦/٢) ، البداية على الهداية (٨٣٥ ، ٨٣٤/٤) ، تبين الحقائق (٤٦/٣) ، مجمع الأنهر في شرح ملقى الأبحر (٤٢٩/١) ، الفتاوى الهندية (٥٣٩/١ ، ٥٤٠) ، وفي الهداية « ومن قال لعلم هو أبني ثم مات فجاءت أم العلم وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو أبه يرثانه » . وبه قال الإمام مالك . انظر الذخيرة للقرافي (٣١٦/٩) .
- (٢) هو الإمام القاضي زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري ، ولد سنة ١١٠ هـ وتوفي بالبحرية سنة ١٥٨ هـ وله ثمان وأربعون سنة ، كان أبوه من أهل أصبهان . توفي زفر قضاء البصرة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي . كان الإمام أبو حنيفة يجله ويعظمه ويقول : هو أقدس أصحابي . وقال الحسن بن زياد : إن المقدم من مجلس الإمام كان زفر . وعن سليمان العطار قال : تزوج زفر ، ودعا إلى عرسه الإمام والنسب منه أن يخطب ، فقال الإمام في خطبته : هنا زفر إمام من أئمة المسلمين وعلم من أعلمهم في شرفه وحسبه ونسبه . قال ابن معين وأبو نعيم : كان ثقة مأموناً ، وقال ابن حبان : كان قتيها حاصلاً قليل الخطأ البداية والنهاية (١٢٩/١٠) ، تاريخ بغداد (٣٢٣/١٣) ، طبقات ابن سعد (٢٧٠/٦) ، وفيات الأعيان (٣١٧/٢ - ٣١٩) ، ميران الاعتدال (٧١/٢) ، المير (٢٢٩/١) ، الجواهر المضية (٢٠٧/٢ ، ٢٠٨) ، تاج التراجم ص ٢٨ ، الفوائد البهية ص ٧٥ ، ٧٦ ، شذرات الذهب (٢٤٣/١) ، الفهرست لابن ندیم ص ٢٠٢ .
- (٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء ٢٠٨/٤ وعبارته « وروى ابن سماعة عن محمد : أنه إذا كانت مجهولة لم يكن لها ميراث إذا لم تعرف بالحرية ، والمولد ولده منها وإن كانت معروفة الأصل فالقياس أن لا يكون . ووجه الاستحسان : أنه لعله وطأها بشبهة ولكني استحسن إذا كانت معروفة أنها حرة أن أصلها امرأته » . اهـ . من المختصر .
- (٤) انظر حلية العلماء (٣٧٣/٨) . وبه قال الحنابلة . انظر المفتي مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، المدح (٢١٠/١٠) ، التروع لابن مفلح (٦١٧/٦) وقال ابن قدامة : « إن أقر بنسب صغير لم يكن مفراً وزوجة أمه لأن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مفراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية ، وما ذكره لا يصح ؛ لأن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في الكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يتحصنه لفظه ولم يوجب .

١٥٩٧٨ - لنا : قوله **يُحْتَجُّ** : « الولد للفراس وللعاقر المحرم »^(١) وهذا ولد موصى
أن يكون أبوه زوجاً ؛ ولأن نسب ولد الحرة يثبت من الميت فوجب أن يكون أبوه زوج
ويحكم بالزوجة .

١٥٩٧٩ - ولا يلزم إذا قال : وطلبتها بشبهة ، لأنه عرف بنسب غير الكاح ، ولأنها
محصنة^(٢) فلا يثبت نسب ولدها إلا من زوج ، أصله إذا قال بنكاح .

١٥٩٨٠ - ولا يلزم إذا أقر بولد من غيرها ؛ لأنها محصنة وكذلك الموطوءة بشبهة
غير محصنة .

١٥٩٨١ - ولأن نسب ولد الحرة يثبت إما من نكاح أو من سبب محظور ، ولا
يجوز حمل أمر المسلم على الوطء المحظور من غير حاجة ، فلم يبق إلا أن يُحمل على
الوجه المباح . وليس كذلك ولد الأمة ، لأن نسب ولد الأمة يثبت من وجه مباح غير
النكاح ، وهو ملك اليمين [وليس بنا حاجة]^(٣) إلى إثبات النكاح ، ولأن الزوجة إذا
ثبتت فإن ولد الزوجة [ثبت]^(٤) نسبه من الزوج ، وإن جاز أن توطأ بشبهة ثبت
النسب من الوطء ، وكذلك إذا ثبت نسب ولدها [ثبت النكاح وإن جاز أن توطأ
بشبهة .

١٥٩٨٢ - احتجوا : بأنه إقرار بنسب ولد^(٥) فلا يكون إقراراً بنكاح أمه . أصله ،
إذا لم تُعرف حرمتها .

١٥٩٨٣ - قلنا : هناك يجوز أن يثبت السبب من وجه مباح غير الكاح فلم يكن بنا
حاجة إلى إثبات النكاح ، وفي مسائلنا لا يجوز أن يثبت السبب من وجه مباح إلا
بالنكاح حتى لا يحمل وطؤها على وجه محظور .

• • •

(١) سبق ترجيح الحديث .

(٢) في (ع) ، (م) : [مخصصة] .

(٣) في (ع) : [من غير حاجة] ، وفي (م) : [بنا حاجة بحذف ليس] .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) وفيه تكرار في السطور .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

مَوْسُوعَةٌ
الْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ الْمَقَابِلَةُ
الْمُسَمَّاةُ
الْبَحْرُ الْبَحْرِي

كتاب العارية



هل العارية مضمونة أو أمانة ؟

١٩٩٨ - قال أصحابنا : العارية أمانة لا يضمنها المستعير لا بالتعدي . وهن يضمن بالشرط (١) .

(١) العارية أمانة في يد المستعير في حالة الاستعمال للأذن فيه بالإجماع ، وإن تعدى في المعار ، كما لو كانت دابة فكبحها باللجام أو قفا عيتها بالضرب ، أو حملها ما يعلم أن مثلها لا يحمله ، أو استعمله لغيرها ، وما لا يستعمل فيه مثلها من الدواب . وكذا لو نزل عن الدابة ودخل المسجد وتركها في مكة فهلكت ، فهي مضمونة بالإجماع . أما في غير حالة الاستعمال للأذن فيه فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب : فقد ذهب الحنفية وأهل الظاهر إلى أن العارية غير مضمونة إلا أن يتعدى فيها المستعير . وبه قال الحسن البصري وإبراهيم النخعي والشمسي وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي وابن شبرمة وفي قول ضعيف عند الشافعية . وذهب للمالكية في المشهور عندهم إلى التفصيل ، فقالوا : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه . وبه قال عثمان البني . واستدلوا على ذلك بأنه جاءت أحاديث تعيد بأن العارية مضمونة وتعيد بأنها أمانة ، فحمل الضمان على ما يغاب عليه ، والأمانة على ما لا يغاب عليه ، فإن الضمان في باب العارية ضمان تهمة . ورد ابن حزم على الإمام مالك فقال : وليس لهم حجة إلا أنهم قالوا تنهم المستعير فيما غاب . فقلنا : ليس بالتهمة تستحل أموال الناس ؛ لأنها ظن . والله تعالى قد أنكر اتباع الظن فقال تعالى : ﴿ إِنْ يَكْفُرْ إِلَّا الظَّنُّ وَإِلَّا الظَّنُّ لَا يَكْفِي مِنْ لَدُنِّي شَيْئًا ﴾ الآية (٢٨) سورة النجم وقال رسول الله ﷺ : « إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث » أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٦٥/٢) ، عن أبي هريرة والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الإقرار باب ما جاء في إقرار المريض لوارثه (٨٥/٦) ، ويلزمهم إذا أصلوا الظن أن يضمنوا لفهم ولا يضمنوا من لا يهتم . ويلزمهم أن يضمنوا الوديعة أيضًا بهذه التهمة . وذهب الشافعية في المشهور والحنابلة إلى أن العارية مضمونة سواء تلفت بفعل أو بجهالة سمانوة . والمذهب الرابع أن المعير إن شرط الضمان في العارية فهي مضمونة وإن لم بشرط فليس بشيء ، هذا قول قتادة وعبيد الله بن الحسن وداود الظاهري . والمذهب الخامس هو مذهب ربيعة أنها إن تلفت بالموت لم يضمن وإن تلفت بغيره ضمن . انظر تبين الحقائق (٨٤/٥) ، البناء على الهداية (١٧٥/٧) ، مجمع الأنهر (٣٤٧/٢) ، بلبائع الصنائع (٢١٧/٦) ، المبسوط (١٣٤/١٣) ، محضر الطحاوي ص ١١٦ ، البحر الرائق (٢٨١/٧) ، تكملة حاشية ابن عابدين (٣٨٩/٨) ، حاشية الدسوقي (٤٣٦/٣) ، الخرشبي (١٢٣/٥) ، القواعد الفقهية ٢٨٧ ، بداية الجهد (٣١٣/٢) ، التفرع (٢٦٧/٢) ، ٢٦٨ ، الحارثي الكبير (١١٨/٧) ، المهذب (٣٦٣/١) ، المجموع (٢٠٥/١٤) ، مفتي المحتاج (٢٦٧/٢) ، نهاية المحتاج (١٢٦/٥) ، روضة الطالبين (٤٣١/٤) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٤٦/٢) ، محضر خلافتنا البيهقي (٤٠٨/٤ - ٤١٠) ، انفي مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، المبدع (١٤٥/٥) ، المحلى (١٦٩/٩) .

(٢) اختلف مشايخ الحنفية هل العارية تضمن بالشرط ، كقول الرجل للآخر أعزني ثوبك إن صاع سي فلانا =

١٥٩٨٥ - قال أبو سعيد : تضمن . وذكر ابن رستم ^(١) عن محمد أنها لا تُضم .
 وذكر البقال ^(٢) عن محمد أنه تأول حديث صفوان علي شرط الضمان
 ١٥٩٨٦ - وقال الشافعي : كل عارية مضمونة علي المستعير ، وإن تلفت بغير ^(٣)
 فعله . وأما الأجزاء ^(٤) فغير مضمونة عندهم مع بقاء الأصل إذا تلفت بالاستعمال .
 ١٥٩٨٧ - وأما إذا تلفت الجملة بعد ذلك فالذهب أنه يضمن القيمة يوم التلف ،
 ولا يضمن الأجزاء ^(٥) . وقال ابن مريج يضمن الأجزاء معها .

= ضامن . فقال أبو سعيد البردعي بضمانه لاشتراطه ، والمسلمون عد شروطهم ، كما قال به قتادة والعري ورواية
 عد الحنفية . انظر المبسوط (١٣٦/١) ، الإشراف (١٤٦/٢) ، الأنشبا والنظائر لابن نجيم ص ٩٩ .
 (١) هو الشيخ أبو بكر إبراهيم بن رستم المروزي ، تفقه على محمد بن الحسن وروى عن أبي عصمة نوح كتاب
 الجامع ، وسع من ماله وغيره وروى عن أسد المحلي . قدم بغداد غير مرة فروى عنه أئمة الحديث ، ومنهم
 أحمد بن حنبل وأبو عيسى وزهير بن حرب وغيرهم . عرض المأمون عليه القضاء فامتنع ، وله كتاب الوادر كجه
 عن محمد بن الحسن . قال يحيى بن معين : إنه ثقة ، توفي بنيسابور ، قدمها حاجباً يوم الأربعاء من جمادى
 الآخرة سنة ٢١١هـ . وقد مرض بسرحس ، بسبب إلى مرو وهي بلدة معروفة يقال لها مروءة شاة جهان (ملك
 العالم) انظر الجواهر المضية (٨١/١ ، ٨٢) ، الفوائد البهية (١٠/٩) ، تاج التراجم ص ٣ ، ٤ .
 (٢) هكذا في جميع النسخ وقد جاء هذا القول منسوباً إلى الإمام محمد في مختصر اختلاف العلماء ، برواية
 محمد بن العباس الرامي ، وقد ذكر أن اسمه محمد بن العباس ، وذكر صفته السمعاني وغيره بأنه : الرامي . قال
 أبو جعفر الطحاوي : وقد ذكر لنا محمد بن العباس أن محمدًا تأول في ذلك أن صفوان كان مشتركاً يومئذ ،
 فشرط الصمان ، وقد يجوز ذلك بين المسلمين وأهل الحرب ، انظر مختصر اختلاف العلماء (١٨٧/٤) . وقد
 بان من ذلك أنه هو أبو سعيد محمد بن العباس الغازي الرامي ، كان ناسكاً من أتباع أبي حنيفة شديد المحبة لأهل
 العلم ، ومات في أول سنة ٣٧٤هـ أو آخر سنة ٣٧٣هـ . والسبب إلى الرمي بالقوس ، سمع من أبي الحسن
 محمد بن أبي الفضل السمرقندي أحاديث في فضل الرمي والجهاد ، وسمع منه أبو سعيد الإدريسي . انظر
 الأسباب للسمعاني (٥٤/٦) ، الباب (١٠/٢) ، الجواهر المضية (١٨١/٣) .
 (٣) في (ع) ، (م) : [من غير] .

(٤) انظر الحاشي الكبير (١١٨/٧) ، المهذب (٣٦٣/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٤/١٤) ،
 حيث جاء أن العارية كلها مضمونة : الدواب والرقيق والدور والثيران لا فرق بين شيء منها ، فمن استلزم
 شيئاً خلف بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له .

(٥) قال النووي في روضة الطالبين أما الأجزاء فما تلف بسبب الاستعمال المأذون فيه كاستحقاق الثوب باللبس لا
 يجب ضمانه على الصحيح . وما تلف منها بغير الاستعمال ففيه وجهان : أحدهما : لا يضمن كالثياب
 بالاستعمال وأصحبهما الصمان كتلف العين كلها . وقال ابن قدامة : إن تلف شيء من أجزائها التي لا تدمر
 بالاستعمال ففعله ضمانها ، لأن ما ضمن جملته ضمنت أجزأؤه كتلف صوب ، وأما أجزأؤها التي تدمر
 بالاستعمال كحمل المشقة والقطعة ونحو الثوب بلبسه ففيه وجهان : أحدهما : يجب ضمانه لأنها أجزاء من *

١٩٨٨ - لنا : ما روى همام ^(١) عن عطاء بن أبي رباح ^(٢) عن صفوان بن يحيى ^(٣) عن أبيه ^(٤) ، قال : قال رسول الله ﷺ : إذا أتاك رسلي فأعطهم ثلاثين درهماً وثلاثين

= مضمونة ، فكانت مضمونة كما لو كانت مصفوفة . والثاني لا يضمنها لأنه مأدون في الاستعمال فلا يحب صفاته كالخافق . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٥٧/٥) . وقال الماوردي : اتفق الفقهاء على أن ما تلب من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير . انظر روضة الطالبين (١٣٢/٤) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) . أما مني يضمن فهل هو يوم القبض أم يوم التلف أم أقصى القيمة عد من يرى الضمان ؟ وإن كانت مثلية يضمن مثلها يوم تنفها . قال النووي : وإذا ضمن ففي القيمة المعتبرة أوجه أصبحها قيمته يوم التلف والثاني يوم النقص والثالث أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقال صاحب نهاية المحتاج : الأصح أن العارية تنصص يوم التلف متقومة كانت أم مثلية ، فالذهب أنه يضمن بالقيمة إن كانت متقومة ، وبالمثل إن كانت مثلية . ولا تنصص العارية بأقصى القيمة ولا يوم القبض خلافاً لمقابل الأصح ، وقال الغزالي : وما يضمن من أجزائها بالاستعمال غير مضمون . روضة الطالبين (٤٣١/٤) ، مني المحتاج (٢٧٤/٢) ، نهاية المحتاج (١٤١/٥) ، الوجيز (٢٠٤/١) ، السراج الوهاج على متن المنهاج ص ٢٦٤ ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) . (١) هو أبو بكر همام بن يحيى بن دينار الأسدي الحنلي البصري ، روى عن عطاء بن أبي رباح وزيد بن أسلم وثقة وغيرهم . وروى عنه الثوري وابن المبارك وابن مهدي وزيد بن هارون ووكيع وغيرهم . كان أحد أركان الحديث ببلده . قال أحمد بن حنبل هو ثبت في كل مشايخه ، توفي سنة ١٦٣ هـ وقيل ١٦٤ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٩٦/٧) ، تهذيب التهذيب (٦٠/١١ - ٦٢) ، شذرات الذهب (٢٥٨/١) .

(٢) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح الجندي البجلي التميمي أحد الفقهاء والأئمة ، ولد بالبصرة وشأ بمكة وحدث عن عائشة وأبي هريرة وابن عباس وشهد له بالفتيا ، وروى عنه الإمام أبو حنيفة والزهري وغيرهما ، وهو ثقة وعالم كثير الحديث ، توفي بمكة سنة ١١٤ هـ وقيل سنة ١١٥ هـ . انظر طبقات الحفاظ ص ٣٩ ، طبقات فقهاء اليمن ص ٥٨ ، تهذيب التهذيب (١٩٩/٧) ، البداية والنهاية (٣٤٣/٩) ، حلية الأولياء (٣١٠/٣) . (٣) في (ص) : [صفوان بن علي] ، وفي (ج) : [صفوان بن غنم] ، وفي (م) : [صفوان بن يحيى] . وهو المصوب كما أثبتناه وهو صفوان بن يحيى بن أمية التميمي ، تابعي مشهور ، روى عن أبيه وعن أبي أمية محمد بن يحيى بن يحيى وعطاء بن أبي رباح والزهري وغيرهم . وذكره في الثقات . انظر : تهذيب التهذيب (٣٧٩/٤) ، رجال صحيح البخاري (٣٦٢/١) ، تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢١٨/١٣) ، التلخيص الكبير للبخاري (٣٠٨/٤) ، المرحم والتعديل (٤٢٢/٤) ، الإصابة (٤٧١/٣) .

(٤) هو الصحابي يحيى بن أمية التميمي ، حليف قريش أسلم يوم المنح ، استعمله أبو بكر على حلوان في الردة ، ثم عمل لمر على بعض اليمن فحمي لنفسه حمي ، فعزله عمر . ثم عمل لشمان على صنعاء اليمن ، ورحل سنة ثلث عثمان ، وخرج مع عائشة في واقعة الجمل ، ثم شهد صفين مع علي ، روى عن النبي ﷺ وعن عمر وعتبة بن أبي سفيان ، وروى عنه أولاده صفوان وعثمان ومحمد وعبد الرحمن ومن ابنه صفوان وعطاء ومجاهد وغيرهم . قال ابن سعد : شهد حبياً والطائف واليوموك وعمرها قبل خله في صفين . انظر الإصابة (٦٦٨/٣) ، أسد الغابة (٤٤٧/٤) .

بعيرًا ، قال : قلت يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال **العارية** : بن مؤداة^(١) . ذكره أبو داود^(٢) .

١٥٩٨٩ - ويدل عليه حديث أبي أمامة^(٣) قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، لا تنفق المرأة من بيتها إلا بإذن زوجها ، فقيل يا رسول الله : ولا الطعام ، قال : ذلك أفضل أموالنا ثم قال : العارية مؤداة^(٤) والمنحة^(٥) مردودة ، الذئبن مقضي والزعيم غارم^(٦) .

(١) أخرجه أبو داود في سننه : كتاب البيوع ، باب تضمين العارية بنفس الإسناد (٢٩٧/٣) وأخرجه النسائي في سننه (٤٠٩/٣) ، رقم ٥٧٧٦ ، وقال ابن حزم الأندلسي في كتابه المحلى : هنا حديث حسن ليس شيء مما روي في العارية خبر يصح غيره ، وأما ما سواه فلا يساري الاشتغال به . وقد فرق فيه بين الضمان والأداء وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان فمثل كل ما تعلقوا به من النصوص . انظر المحلى (١٧٣/٩) .
(٢) هو الإمام أبو داود سليمان الجارود بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأسدي السجستاني محدث حافظ فقيه ، رحل وطاف وجمع وصنف وخرج وسع من مشايخ الشام ومصر والجزيرة وال عراق وغيرهم ، ولد سنة ٢٠٢هـ ، وهو من كبار أصحاب أحمد بن حنبل ، وكان مشهورًا بالورع . من مصنفاته كتاب السنن والتاسع والمسنوخ والقدر والمراسيل وغيرها ، توفي بالبصرة في ١٤ شوال سنة ٢٧٠هـ . انظر طبقات الحنابلة (١٥٩/١) ، العبر (٥٤/٢) ، البداية والنهاية (٦٢/١١) ، تذكرة الحفاظ ص ٢٦١ ، سير أعلام النبلاء (٤٥/٩ - ٥٣) .

(٣) هو أبو أمامة الباهلي صدي بن عجلان بن وهب سكن مصر وارتحل عنها إلى حمص ومكث بها وكان من المكثرين في الرواية عن رسول الله ﷺ ، مات سنة ٨٦هـ بحمص وقيل سنة ٨١هـ ، قيل إنه آخر من مات من الصحابة بالشام وله في الصحيحين ٢٥٠ حديثًا ، روى عن النبي ﷺ وعمر وعثمان وعلي ، وروى عنه شرحبيل بن مسلم وغيره ، وهو من تابع رسول الله ﷺ تحت الشجرة . انظر الاستيعاب (١٦٠٢/٤) ، الإصابة (١٨٢/٢) ، سير أعلام النبلاء (٣٥٩/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٦٧/٢) .

(٤) هي التي تجب تأديتها مع بقاء عينها فإن تلفت لم تضمن بالقيمة . انظر سبل السلام للصنعاني ٦٩/٣ .
(٥) بمعنى أن يحس الرجل أخاه ناقة أو شاة يملكها زمانًا ثم يردّها . وقال السفي . المنحة ما يعطى ليتناول ما يتولد منه كالتمر والبن ونحو ذلك ثم يرد الأصل . وقال الشافعي : هي أن يدفع رجل ناقة أو شاة لرجل ليملكها ثم يردّها فيكون الدين منموحًا ولا ينفع فيها بغير الدين . انظر طلبة الطلبة ص ٢٣٥ ، شرح السنة للبرقي (٢٢٦/٨) ، الحارثي (١١٧/٧) ، المصباح للمير (٧٠٨/٢) ، المغرب للمعطرزي ص ٤٣٤ .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه من طريق إسحاق بن عمار بن شرحبيل بن مسلم في كتاب البيوع ، باب تضمين العارية (٢٩٧/٣) ، رقم ٣٥٦٥ ، الترمذي في الجامع الصحيح (٢٦٨/٢) رقم ١٢٨٥ النسائي في سننه (٤١١/٣) ، رقم ٥٧٨٢ ، وابن ماجة في سننه (٨٠١/٢) ، رقم ٨٠٢ ، رقم ٢٣٩٨ الدارقطني في سننه (٤١٠/٣) ، رقم ١١٦٦ ، البيهقي في السنن الكبرى بنفس السند ، باب العارية مؤداة (٨٨/٩) ، ابن حبان في صحيحه (٢٧٧/٧) من طريق حاتم ، وقال : حديث حسن ، وعن أبي أمامة ، في باب ما جاء أن العارية مؤداة ، والإمام أحمد في مسنده (٢٦٧/٥) .

١٥٩٩٠ - فوصف العارية بأنها مؤداة [ولا فرق بينها وبين الزعامة المقتضية الغرم فهذا المنع تعلق الغرم بها ، ثم وصفها بأنها مؤداة ^(١)] وهذا مقيد ، لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْتِيكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَيْهِنَّ ﴾ ^(٢) .

١٥٩٩١ - وقد ذكر أصحاب الشافعي في هذا الخبر والعارية مضمونة ^(٣) . وهذا لا أصل له ^(٤) ، وقد ذكر الخبر علي ما ذكره داود والدارقطني ^(٥) .

١٥٩٩٢ - ويدل عليه حديث عمرو بن شعيب ^(٦) عن أبيه ^(٧) عن جده ^(٨) أن النبي ﷺ قال : « ليس علي المستعير غير المثل ضمان ، ولا علي المودع غير المثل ضمان » ^(٩) ،

(١) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) من سورة النساء : الآية رقم (٥٨) . (٣) انظر الحارثي الكبير (١٢٠/٧) .

(٤) قوله : [وهذا لا أصل له] محل نظر ، روي عن يزيد بن هارون عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان عن أمية عن أبيه أن رسول الله ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال : أغصنا يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مضمونة . انظر سنن أبي داود باب تضمين العارية رقم (٣٥٦٢ ، ٢٩٦/٣) فهذا هو الأصل في ذلك .

(٥) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الشافعي المعروف بالدارقطني سببه إلى دار فطن محلة كبرى ببغداد . قال الخطيب البغدادي : كان فريد عصره في علوم الحديث وعلماً بعلوم أخرى ، وهو إمام كبير ومحدث وحافظ وفقه ، له تصانيف كثيرة : منها : السنن والمعلل الواردة في أحاديث نبوية والنجاشي من السنن والمأثور ما زال محفوظاً والمؤتلف والمختلف والضمائم وغيرها . ولد سنة ٣٠٦ بدار فطن ورحل إلى مصر وتوفي ببغداد سنة ٣٨٥ هـ . انظر البداية والنهاية (٣١٢/١١) ، تذكرة الحفاظ (١٨٩/٣) ، تاريخ بغداد (٣٤/١٢) ، الأعلام (٣١٤/٤) ، الكامل في التاريخ (١٧٤/٧) ، المعجم (١٦٧/٢) ، شذرات الذهب (١١٦/٣) ، النجوم الزاهرة (١٧٢/٤) ، مفتاح السعادة (١٤/٢) .

(٦) هو أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي . وروي عن أبيه وهو شعيب رجل رواياته عنه وعصمته زينب وسعيد بن المسيب وطائوس وعروة بن الزبير وغيرهم ، وروي عنه عطاء وعمرو بن دينار وهما أكبر منه والزهري وقادة ومكحول والأوزعي وغيرهم . قال يحيى بن معين وإسحاق بن راهويه : إنه ثقة ، وتوقف فيه بعضهم ، والراجح أنه حسن الحديث ، توفي بالطائف سنة ١١٨ هـ . انظر تهذيب الكمال (٦٤/٢٢) ، سير أعلام النبلاء (١٦٥/٥) ، المعجم (٢١٠/١) ، شذرات الذهب (٢٥٥/١) ، تهذيب الكمال (٥٣٤/١٢) ، تهذيب التهذيب (٣١١/٤) .

(٧) هو شعيب بن محمد روى عن جده وأبيه وابن عباس وابن عمر ومعاوية . وذكر البخاري وأبو داود أنه سمع من جده .

(٨) هو محمد بن عبد الله ، روى عن أبيه ، وروي عنه ابنه شعيب وحكم بن الحارث ، وتوفي في حياة أبيه .

انظر تهذيب التهذيب (٢٣٧/٤ - ٢٣٨) ، تهذيب الكمال (٥١٤/٢٥) .

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩١/٦) عن محمد بن عبد الله بن المايدي عن يونس بن محمد عن =

وقد اعترض الدارقطني هذا الحديث فقال : رواه عمرو بن عبد الجبار ^(١) عن عبيدة بن حسان ^(٢) عن عمرو بن شعيب ، وعمرو وعبيدة ضعيفان ^(٣) . وهذا ليس بصحيح لأن البخاري ^(٤) ذكر في تاريخه : عبيدة بن حسان السنجاري الجزري وذكر من روى عنه ، لم يذكره بضمف ولا ملحق ^(٥) ، والبخاري لا يكاد يسلم عليه أحد ^(٦) .

= محمد بن سلمة عن أيوب وثقادة وحبيب ويونس عن بن سيرين أن شريكاً قال : ليس على المستعير غير المثل ضمان ، ورواه عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، قال البيهقي : عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروي عن شريح غير مرفوع . وانظر أيضاً مصنف ابن أبي شيبة (١٧٨/٨) ، مصنف عبد الرزاق (١٧٨/٨) ، باب العارية ، سبل السلام (٦٧٣/٢)

(١) هو عمرو بن عبد الجبار السنجاري ، قال ابن عدي : روى عن عمه منكرين يكنى أبا معاوية روى عن عبيدة بن حسان عنه ، وعن ثابة . وقال ابن عدي أحاديثه كلها غير محفوظة . انظر لسان الميزان (٣٦٨/٤) ، ميزان الاعتدال (٢٧١/٣) ، الكامل في صفاء الرجال للإمام الحافظ أبي أحمد عبد الله بن عدي المرحلي (١٤١/٥) طبع دار الفكر .

(٢) هو عبيدة بن حسان العميري السنجاري . قال أبو حاتم : هو منكر الحديث وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات . وقال الدارقطني : ضعيف ، روى عنه خالد بن حبان الرقي ، وابن أبي عمير عن عبد الجبار . انظر لسان الميزان (١٢٥/٤) ، التاريخ الكبير (٨٦/٥) .

(٣) انظر سنن الدارقطني (٤١/٣) ، ونقل هذا الاعتراض البيهقي في كتابه السنن الكبرى (٩١/٦) .

(٤) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المنيرة بن بزدقة البخاري . ولد يوم الجمعة في شوال سنة ١٩٤هـ وسع من مكى بن إبراهيم وأبى عاصم النبيل وأحمد بن حنبل وعقل كثير ، كان من أوعية العلم يتوقد ذكاء . رحل في طلب العلم إلى سائر محدثي الأمصار وكتب بخراسان ومدن العراق والحجاز ومصر . قال : كتبت عن ألف نفر من العلماء وزيادة ولم أكتب إلا عن قال : الإيمان قول وعمل . من معصناته الجامع الصحيح صنفه في ١٦ سنة وغيره فيما يقال من ستمائة ألف حديث والتاريخ الكبير والصغير والأوسط وكتاب الأسماء والكنى وكتاب الضعفاء وكتاب السنن في الفقه وكتاب الأدب وكتاب خلق أفعال العباد وكتاب القراءة خلف الإمام وغيرها . أجمع الناس على صحة كتابه واعترفوا بقضه وشهدوا له بافراده في علم الرواية والدرابة . توفي في ليلة السبت عند صلاة العشاء ليلة عيد الفطر ودفن يوم العطرسة ٢٥٦هـ . انظر تهذيب الأسماء واللغات (٦٧/١ - ٧١) ، شذرات الذهب (١٣٥/٢) ، مرة الجنان (١٦٧/٢) ، المعجم (٣٦٨/١) ، الفهرست لأن التذم ص ٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٥) فقد ذكر الإمام البخاري في كتابه التاريخ الكبير القسم الثاني من الجزء الثالث المجلد الخامس ص ٨٦ أنه عبيدة بن حسان السنجاري الجزري روى عن محمد بن سلمة عن عبيدة بن حسان عن أبي جوزة وخضر بن أبي سفيان وروى ابن حبان عن عبيدة بن حسان عن عبد الله بن كرز عن نافع وقال ابن أبي حاتم : روى عن ابن أبي أيوب الأنصاري ، وروى عنه خالد بن حبان ومحمد بن سلمة .

(٦) والمثلنى أنه إذا كان الإمام البخاري لم يتعرض له بضمف ولا ملحق مع شدته في اعتبار الرواة ولا مجال للاعتراض عنه

١٥٩٩٣ - وقال الدارقطني أيضًا إن هذا الخبر عن شريح ^(١) ورواه بإسناده عنه ، وهذا ليس بطعن ، لأن شريحًا إذا أفتى بما أفتى به رسول الله ﷺ لم يقدح ذلك في رواية من روى . قوله : غير المغل ^(٢) هو الآخذ لقلته والقباض لفائدته .

١٥٩٩٤ - قالوا : والحائض هو غال يقال : غَلَّ / يُغَلُّ غَلًّا إذا خان . فأما الغل فهو من العلة يقال : خراج يغل فلو أراد الحيانة لقال : علي المستعير غير الغال ضمان ، والدليل علي أن أغل يغل من العلة قول زهير ^(٣) :

فَتُغَلُّ لَكُمْ مَا لَا يُغَلُّ لِأَهْلِهَا قَرَى بِالْإِرَاقِ مِنْ قَفِيزٍ وَدِرْهَمٍ ^(٤)

١٥٩٩٥ - قالوا : وإذا ثبت أن المستغل استعملناه في موضوعين : أحدهما : قبل قبض العارية فلائنه لا ضمان عليه . والثاني : إذا كان عنده وديعة ، فقال له السيد : متى اخترت أن تستخدمه عارية فافعل ، فما لم يستخدمه فهو أمانة ووديعة ، فإذا استعمله كان عارية مضمونة فهنا لا ضمان عليه قبل الاستعمال ، فإذا استعمله ضمنه .

١٥٩٩٦ - والجواب : أن المغل هو الحائض .

١٥٩٩٧ - قال النمر بن تولب ^(٥) :

(١) هو القاضي أبو أمة شريح بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر الكندي الكوفي . كان من أولاد الفرس الذين كانوا باليس وقال ابن معين : كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع عنه ، وأن عمر بن الخطاب ولاء قضاء الكوفة وكان قاضيًا في زمن عثمان وعلي ومعاوية ستين سنة إلى أيام الحجاج فاستعفى عنه . وتوفي بالكوفة وله ١٢١ سنة في عام ٧٨ هـ . وقد كان قهقبا وشاعرا . انظر البداية والنهاية (٢٢/٩ - ٢٦) سير أعلام النبلاء (١٠٠/٤ - ١٠٦) ، تهذيب التهذيب (٢٨٧/٤ ، ٢٨٨) ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٢٠ ، المعبر (٦٦/١) ، الإصابة (٣٣٥/٣) .

(٢) المثل بضم الميم فتن معجزة : المستغل وأراد به القابض ، لأنه يكون بالقبض مستغلا ، والثاني إذا لم يضمن في العارية والوديعة فلا ضمان عليه ، من الإغلال وهو الحيانة . انظر سبل السلام (٨٩٨/٣ ، ٨٩٩) .

(٣) هو زهير بن أبي سلمى ربيع بن رباح المزني شاعر جاهلي ، كان أحد الثلاثة المقدمين على سائر الشعراء وإن اختلف في تقدم أحدهم على الآخرين ، وهو أمر القيس والنايفة اللذين ياني وزهير . ولد في بلاد حرة بمراسي المدينة . توفي سنة ٦٠٩ م . انظر معجم المؤلفين لعمد كحاله (١٨٦/٢) ومقدمة ديوانه .

(٤) قال زهير بن أبي سلمى في معلقته يندح هرم بن منان والحارث بن عوف ويحمر القبياتين من الحرب . فتغلل لكم مالا تُغَلُّ لِأَهْلِهَا قَرَى بِالْمِرْصَالِ مِنْ قَفِيزٍ وَدِرْهَمٍ

انظر ديوان زهير بن أبي سلمى ص ٨٣ ، ط دار صادر بيروت ، كتاب شعر زهير بن أبي سلمى تحقيق د . فخر الدين قباوة ص ١٩ ، ط بيروت ، وشرح شعر زهير بن أبي سلمى تحقيق د . فخر الدين قباوة ط بيروت ص ٢٨ .

(٥) هو الصماني النمر بن تولب بن زهير العكلي ، قال الأسمعي : هو من المحضرمين الذين أمروا .

يَجْزِي اللَّهُ عَنْتِي عَمْرَةَ بِنَ نَوْفَلٍ جَزَاءً مُجْبِلٌ بِالأَمَانَةِ كَأَذِبٍ
يَمَا حَدَّثْتُ عَنِي الْوَشَاةَ لِيَكْذِبُوا عَلَيَّ وَقَدْ أَوَّلَيْتُهَا فِي النَوَائِبِ
١٥٩٩٨ - وقال النبي ﷺ : لا إِغْلَالُ (١) فِي الْغَنِيمَةِ (٢) .

١٥٩٩٩ - وقال أبو عبيد (٣) بِعْنَى الْخِيَانَةِ (٤) .

٩٦٠٠٠ - وقولهم : مَقْلٌ مَعْنَاهُ مُسْتَفْلٌ ، لَا يَصِحُّ ، لِأَنَّهُ مَقْعَلٌ لَا يَسْتَعْمَلُ مُسْتَفْلٌ
إِلَّا فِي مَوْضِعِ الْمَقْعُولِ عَنْ أَهْلِ اللَّعَةِ . وقول زهير : فَتَغْلُلُ لَكُمْ مَالًا يَغْلُ لِأَهْلِهَا ، إِنَّمَا
قَالَ ، الْقَرَى تَقْلٌ ، وَهِيَ مَغْلَةٌ ، وَلَمْ يَقُلْ إِنَّ أَهْلَهَا تُغْلَوْنَ .

٩٦٠٠١ - ولو سلمنا ما قالوا كانت الحجة قائمة ، لِأَنَّهُ يَفْضِي إِلَى أَنَّ الْعَارِيَةَ عَمَرٌ
مَضْمُونَةٌ لَمْ يَسْتَغْلَهَا ، وَالِاسْتِغْلَالُ لَيْسَ هُوَ الْاسْتِعْمَالُ وَإِنَّمَا هُوَ الْإِجَارَةُ ، وَإِنْ كَانَ
الْاسْتِعْمَالُ اسْتِغْلَالًا اقْتَضَى أَلَّا [يَضْمِنَهَا قَبْلَ الْاسْتِعْمَالِ وَعِنْدَهُمْ يَضْمِنُهَا (٥)] .

= المجاهلية والإسلام ، كان أبو عمرو بن اعماء يسميه الكيس لجودة شعره وكان شاعر الرباب في المجاهلية لا
مدح أحدًا ولا هجاء . أدرك الإسلام وهو كبير ، وكان نصيبًا عمر طويلًا . انظر الإصابة (٤٩٩/٦) ،
أسد الغابة (٣٥٧/٥ - ٣٥٩) ، تهذيب التهذيب (٤٢٢/١٠ ، ٤٢٣/١) .

(١) في (ص) : [لا إغلال] وفي (م) : [لا غلالة] وفي (ج) : [لا غلال] والصواب ما أثبتناه كما
في كتب الحديث .

(٢) انظر المعجم الكبير (١٨/١٧) عن إبراهيم بن دحيم الدمشقي قال : حدثنا أبي حدثنا مروان بن معاوية
عن كثير بن عبد الله عن أبي عن حده أن النبي ﷺ قال : لا إِسْلَالٌ وَلَا إِغْلَالٌ وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غُلِبَ بِهِ
الْقِيَامَةُ . وانصر أيضًا كثر الصالح (٣٨٨/٤) رقم ١١٠٥٣ . والغنيمة لغة الفوز بالشئ من غير مشقة ،
قال الأزهري : الغنيمة ما أُرْجِفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ بِخَيْلِهِمْ وَرُكَابِهِمْ مِنْ أَمْوَالِ الْمُشْرِكِينَ ، يُقَالُ : ضَمَّ غَنَمًا
وْغَنِيمَةً . والغنيمة والمغنم اسمان للمال المأخوذ من مال الكفار . وفي الاصطلاح : اسم لما يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِ
الْكُفَرَاءِ عَلَى وَجْهِ الْقَهْرِ وَالْغَلَةِ . انظر لسان العرب (٣٢٠٧/٥) ، طلبة الطلبة ص ١٨٨ ، الاختيار (٣٢٢٢/٣) .

(٣) هو أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي ، ولد بمدينة هراة غرب أمانستان حاليًا سنة ١٠٥٤هـ وتعلم فيها .
سمع من سفيان بن عيينة ، وعبد الله بن مبارك ، وغيرهما ثم سافر إلى العراق ، ولي قضاء طرطوس وعمره
ثمانٍ عشرة سنة ، ثم سافر إلى مكة المكرمة سنة ١٢١٤هـ ، وتوفي بها سنة ٢٢٤هـ وهو يجمع ، كان إمامًا
عابثًا عالمًا بالغة والفقه والحديث وله كتاب الأموال والحديث والغريب ، وعرب الحديث وهو أول من ألف في غرب
الحديث ، يقول ابن الدبم : إن عدد مؤلفاته يبلغ إلى ٧١ كتابًا . انظر سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٠) ،
التاريخ الكبير (١٩٢/٧) ، البداية والنهاية (٢٩١/١٠ ، ٢٩٢) ، النجوم الزاهرة (٢٤١/٢) ، شعرات
الذهب (٥٤/٢ ، ٥٥) ، الفهرست ص ٧٨ ، الأعلام (١٠/٦) ، تاريخ بغداد (٤٠٣/١٢ - ٤١٦) ،
طقات ابن سعد (٣٥٥/٧) ، صفوة الصفوة (١٣٠/٤) .

(٤) نقل ابن منظور عن أبي عبيد الإغلال بمعنى الخيانة . انظر لسان العرب (٣٢٨٦/٥) .

(٥) عبد الخافضة لو هلك قبل الاستعمال يضمن المستير المأثر للمعمر ولا فرق عندهم قبل الاستعمال أو بعده .

١٦٠٠٢ - ولأن ما ذكره ليس بعارية ؛ لأنها لا [^(١)] تصير عارية قبل القبض ، ولأن مغلاً صفة للمعير لا للمستعير ، يقال أرض مغنة . ولا يقال رجل معل للدار .
١٦٠٠٣ - [قالوا] ^(٢) : يحمله ^(٣) على نفي الضمان ، وإنما أراد ضمان المعير ، ولأن الأجزاء عندهم مضمونة مع الأصل ، إلا أن ضمانها سقط بالاستعمال ^(٤) .

١٦٠٠٤ - قالوا منه : أنه لا يجب عليه ضمان منافعها ، وهو أجرة المثل ، إلا أن يكون قد خان فيها واستعملها فيما لم يؤذن فيه ، فيلزمه أجرة مثلها .

١٦٠٠٥ - [قلنا] ^(٥) ظاهر الخبر يقتضي نفي ضمان الأجرة والعين ، وحمله على ضمان الأجرة تخصيص ^(٦) .

١٦٠٠٦ - ولأنه إذا أجر ولم يستعمل ضمن فيه لظهور الحيانة أيضاً بالاستعمال فيما لم يؤذن فيه . ولأنها عين أخذها دون مالكها لا علي وجه التملك والوثيقة فلا تكون مضمونة له ؛ أصله الوديعة .

١٦٠٠٧ - وإن شئت ذكرت عبارة أصحابنا فقلت : لا علي وجه البذل والوثيقة . ولا يلزم الهبة الفاسدة ؛ لأنه يقبضها على وجه التملك . وعلى العارية الثانية يقبضها بإذن من كان مالكها ، ولا يلزم المقبوض بالسوم ^(٧) لأنه مأخوذ على وجه التملك ،

= بل تمنها بالقبض . انظر نهاية المحتاج (١٢٦/٥) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) .

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) . - (٢) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٣) الظاهر في جميع التسع علمه أو حلمه والصواب ما أفتناه لما يقتضيه السياق .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) ، وعبارته : وتصير الأجزاء تابعة للعين إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء . وإن وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء . وقال الرملي في نهاية المحتاج (١٢٧/٥) ، الأصح أن للمستعير لا يضمن ما ينسحق أي يتلف من ثوب أو ينسحق أي يقص باستعمال ما يؤذن فيه لحدوثه بإذن المالك ، والثاني يضمن مطلقاً ، والثالث يضمن المنسحق دون المنسحق .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من جميع النسخ .

(٦) التخصيص من غير مخصص لا يجوز كما قاله علماء الأصول .

(٧) يقال سام البائع السلمة سوئاً من باب عرض للبيع وسامها المشتري واستامها طلب بيعها ، ومم حديث رسول الله ﷺ : لا يساوم الرجل على سوم أخيه . أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٢٠/٦) ولبني عبي السن الكبرى في كتاب الإجارة (١٢٠/٦) ، مسند أبي حنيفة ص ١٦١ ، والمساومة بين الاثنين أن عرض البائع السعة بثمن ويطلبه صاحبه دون الأول فإن المقبوض بسوم الشراء مصبوع بالقدح . انظر لنصباح السير =

وعلي العبارة الثانية هو مأخوذ على وجه البذل ، وإن شئت أسقطت من العبارة دي الرقيقة وقلت : الرهن ليس بمضمون . وإنما يسقط الدين بهلاكه على قول أبي الحسن وأبي طاهر ^(١) .

١٦٠٠٨ - فإن قيل : على العبارة الثانية إن أردتم بقولكم قبضها لا على وجه البذل بدلاً مشروعاً بطل بالقرض ، وإن أردتم بدلاً من طريق الحكم لم تسلم ذلك في العبارة . لأنها عندنا مضمونة برد عينها أو قيمتها إذا تلفت .

١٦٠٠٩ - قلنا ^(٢) : يريد أن الأخذ لم يقع لتحصيل البذل .

١٦٠١٠ - فإن قيل : ينتقض بمن دفع إلى رجل ألفاً على أن نصفه ونصفه مضاربة ^(٣) فهلك ذلك ، فإن الموهوب له لا يضمن نصف الألف الذي هو الهبة . ذكر هذا محمد في أصل المضاربة ^(٤) .

١٦٠١١ - قلنا : لا يلزم ، لأننا قلنا : عين قبضها ، والمقبوض مشاع فليس بعين ، وإن شئت أن تحجز بلفظ آخر قلت عين قبضها بإذن مالِكها قبضاً صحيحاً . ولا يلزم الرهن إذا أعار الرهن فأخذه المستعير بغير إذن المرتهن ، لأننا قلنا : فلا تكون مضمونة ^(٥) وههنا يضمنها للمرتهن لا للمالك .

= (٢٩٧/١) ، لسان العرب (٢١٥٨/٣) ، طلبة الطلبة ص ٢٦١ ، البناء على الهداية (١٧٧/٩) .
(١) في (ع) ، (م) أي الظاهر وفي (ص) أبي طاهر وهو الشيخ أبو طاهر محمد بن محمد بن سعيد الدباس الفقيه الحنفي ، قال ابن النجار : هو إمام أهل الرأي بالعراق . كان إمام الحنفية بالعراق ، وكان أكثر أئمة عن القاضي أبي حازم ، كان من أهل السنة والجماعة صحيح المعتقد ، تخرج على يده جماعة من الأئمة . ولهم القضاء بالشام وتوفي بمكة في القرن الرابع الهجري . هو من أقران أبي الحسن الكرخي يوصف بالحفظ وسرعة الروايات . انظر الجواهر المضية (٣٢٣/٣ ، ٣٢٤) ، الفوائد البهية ص ١٨٧ ، طبقات الفقهاء لشيرازي ص ١٤٢ . وانظر المسألة المنقوية في البناء على الهداية (٦٥٣/٩) ، تكملة فتح القدير (١٤١/١٠) .
(٢) في جميع النسخ قالوا .

(٣) ويقال لها القراض أيضاً والمضاربة لغة أهل العراق والقراض لغة أهل الحجاز أصلها من القراض في الأرض وهو قطعها بالسير فيها . والمضاربة في الاصطلاح هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، ومولده الشركة بالربح . انظر الهداية (٢٠٢/٣) ، لسان العرب (٣٥٨٩/٥) ، طلبة الطلبة ص ٣٠١ .

(٤) انظر الجامع الصغير ص ٤٢٧ ، ط عالم الكتب .

(٥) إذا أعار المرتهن الرهن بغير إذن المرتهن فإن حلك الرهن بغنى الرهن عند المحقة . قال صاحب الاختيار : فإن أودعه أو تصرف فيه بيع أو إجارة أو إعاره أو رهن ونحوه ضمنه بجميع قيمته . انظر الاختيار لتعليل المختار (٨٣/٢) .

هل العارية مضمونة أو أمانة ؟ ٣٢٧٣/٧

١٦٠١٢ - فإن قيل : المعنى في الوديعة أنها غير مضمونة الرد ، وليس كذلك العارية ؛ لأنها مضمونة الرد فكانت مضمونة العين ^(١) .

١٦٠١٣ - قلنا : ضمان الرد والعين قد ينفرد أحدهما عن الآخر ، بدلالة أن المبيع مضمون في يد المشتري ولو تفاسخا كان مضموناً ، وردّه ليس بمضمون ؛ لأن أجره النقل على البائع والمبيع مضمون على البائع ، وأجرة المثل تنتقل إلى يد المشتري فيلزمه المشتري ، ومن غصب شيئاً حراً فهو غير مضمون عندهم ^(٢) وردّه مضمون . والحربي إذا غلب على أموالنا ملكها عندهم ، وإن هلكت لم يضمنها ، وردّها مضمون عليه ^(٣) .

١٦٠١٤ - قالوا : الوديعة أخذها لمنفعة صاحبها ، والعارية أخذها لمنفعة نفسه ^(٤) .

١٦٠١٥ - قلنا : الوصي له بالخدمة أخذ العين لمنفعة نفسه ولا يضمنها .

١٦٠١٦ - ولأن الشافعي وافقنا أن أجزاء العارية إذا أتلّفت بالاستعمال لم يضمنها ^(٥) .

١٦٠١٧ - ولنا من ذلك طرق في الاستدلال :

١٦٠١٨ - أحدها : أن كل عين لا يضمنها بالإتلاف لا يضمنها إذا تلفت . أصله : ملكه والعين للوصي بمنفعتها له ، والعين المستأجرة .

١٦٠١٩ - ولأنه مأخوذ على وجه العارية فلا يكون مضموناً . أصله : الأجزاء إذا أتلّفتها .

(١) الحاربي الكبير (١١٩/٧) ، وعبارة الماوردي : « ولأنه مضمون الرد فوجب أن يكون مضمون العين كالنصب » .

(٢) قال الماوردي : إذا غصب حراً صغيراً فمات في يده حنف أنه أو لسته حية فلا ضمان عليه . انظر الحاربي الكبير (١٤٥/٧) .

(٣) قال الماوردي : إذا أحرز المشركون أموال المسلمين بغارة أو سرقة لم يملكوها ، سواء أدخلوها دار الحرب أم لم يدخلوها ، فإن باعوها على مسلم كان صاحبه أحق به من مشتريه بغير إذن وإن غنمها المسلمون استرجعهم صاحبه بغير بدل سواء قبل القسمة وبعدها . انظر الحاربي الكبير (٢١٦/١٤) .

(٤) انظر الحاربي (١١٩/٧) ، فقد جاء فيه « أن تمجيل النفع للمودع والمؤجر لا يجمعه من استحقاق الأجرة وهي العارية للمستعير » .

(٥) انظر الحاربي الكبير (١١٨/٧) ، قال الماوردي : « قد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير » .

١٦٠٢٠ - ولا يلزم إذا كانت لغير المعير ، لأن العين والأجزاء تتساوى في الضمان .
ولأن الإلتلاف له من التأثير في الضمان ما ليس للتلف ، بدلالة أن الوديعة لم تضمن بالتلف وتضمن بالإلتلاف ^(١) ثم لو أتلف الأجزاء بالاستعمال لم يضمنها ، فإذا تلفت أولى أن لا يضمنها .

١٦٠٢١ - فإن قيل الأجزاء مضمونة عندنا وإنما سقط ضمانها ، لأن المالك [أذن] ^(٢) في إلتافها ^(٣) .

١٦٠٢٢ - قلنا : إذا كان الإذن في الإلتلاف يسقط الضمان [فالإذن في القبض لا على وجه التملك ، والوثيقة يجب أن يسقط الضمان] ^(٤) أيضا .

١٦٠٢٣ - فإن قيل : لا يتمتع أن يختلف الضمان بالأجزاء والجملة ، كما أن المبيع في يد البائع جملته مضمون يسقط الثمن بتلفها ، وأجزاؤه غير مضمونة لا يسقط بتلفها شيء .

١٦٠٢٤ - قلنا : هذا لا يلزم على لفظ علتنا . والفرق بينهما أن المبيع صمن بالعقد فلم يضمن إلا ما يصح أن ينفرد بالعقد والأجزاء لا تنفرد بالمبيع فلا تنفرد بضمانه .
١٦٠٢٥ - وأما العارية فضمانها عندهم يتعلق بالقبض ، ويمكن إفراد الأجزاء بالقبض ، فيمكن إفرادها بضمانه كالنصب .

١٦٠٢٦ - فإن قيل : الرهن مضمون ، وما زاد على مقدار الدين غير مضمون ، فقد خالفت الأجزاء الجملة .

١٦٠٢٧ - قلنا : غلط ، مقدار الدين من الرهن مضمون الجملة والأجزاء ، ومقتار الزيادة على الدين غير مضمون الأصل ، والأجزاء فتساويا . و [لأنها عين أخذها ثمن عقد على منفعة فلم تكن مضمونة كالإجارة] ^(٥) .

(١) اتفق الفقهاء على أن الوديعة أمانة عند المستودع ، ولا يضمنها إن تلفت . ولكن إن تعدى عليها وتلفه فإنها مضمونة عليه . انظر الهداية (٢١٥/٣) ، الاختيار (٢٦٩/٢) ، بداية المجتهد (٣١٠/٢) ، نهاية المحتاج (١١٢/٥) ، التكملة الثانية للمجموع (١٧٧/١٤) ، شرح منتهى الإرادات (٢٥٠٢/٢) .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر روضة الطالبين (٣٤٢/٤) .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . والإجارة في الاصطلاح : عقد على المنافع بوجه . انظر الهداية (٢٣١/٣) ، طلبة الطلبة ص ٢٦١ .

١٦٠٢٨ - ولأنها عين أخذها ليستوفي منفعتها [من غير تعد فأشبه الموصي بخدمته ولأنها عين أخذها ليستوفي منفعتها] ^(١) وردها كالمستأجرة .

١٦٠٢٩ - ولأن العقد إذا كان بيد فهد داخل في الضمان ، كالعقد إذا كان بيد بدل . ألا ترى أن تمليك الرقبة يبدل بقتضي ضمانها على المشتري كالبائع ، والتسليم بغير عوض لا يضمن قيمة الرقبة كالهبة .

١٦٠٣٠ - ثم اتفقنا على أن العقد على المنفعة يبدل لا يضمن العين مستوفى المنفعة فلا ن لا يضمن في العقد على المنفعة بغير عوض أولى .

١٦٠٣١ - فإن قيل : المبيع ملك المشتري فكيف يكون مضموناً عليه ؟ .

١٦٠٣٢ - قلنا : لو تفاسخا البيع كان المبيع مضموناً على المشتري ، ولو تفاسخا الهبة لم تكن العين مضمونة على الموهوب ، وهذا يبين أن أحد القبض مضمون والآخر بخلافه .

١٦٠٣٣ - قالوا : المستأجر لو ضمن رجوع الضمان على المؤجر فلا فائدة في تضمينه ، والمستعير لا يرجع بما يلحقه من الضمان على المير ، فلذلك لزمه الضمان ^(٢) .

١٦٠٣٤ - قلنا : للموصي له لا يرجع بما يلحقه من الضمان على الموصي ، ولا في ماله . ومع ذلك لا يلزم الضمان . ولأن ولد الموهوبة وولد المبيعة كل واحد منهما غير مضمون على ما حدث في يده . وإن كان المشتري يرجع بقيمة الولد عند الاستحقاق وإذا كان منه والموهوب لا يرجع ، فقللم أن الرجوع وعدم الرجوع لا يدل على إيجاب الضمان ولا نفيه ، لكن المشتري يرجع بما يلزمه من قيمة الولد . لأن البائع يستحق بدلاً على المشتري بإزاء ملكه فصار غاراً له بذلك ، فلا يرجع بما يلحقه من الضمان ، والمير ملكه المانع مترعاً بها فلم يصير غاراً له بذلك فلا يرجع بما يلحقه من الضمان ، وطريقة أخرى في المسألة : وهو أن المستأجر إذا أعار ما استأجره من إنسان لم يحل أن يضمن المستعير أو لا يضمن .

١٦٠٣٥ - فإن قالوا : لا يضمن .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر الحارثي الكبير (١١٩/٧) ، فقيه [ولأن الغاصب لو أعار كان المستعير مضموناً ولو أودع كان المستودع منه غير ضامن ، لأن المستودع لو أغرم رجوع على الغاصب والمستعير إذا أغرم لم يرجع على الغاصب وكذلك إذا كان مقبوضاً من المالك] .

١٦٠٣٦ - قلنا : إجارة غير المالك إذا أسقطت الضمان فإجارة المالك أولى أن تسقط الضمان .

١٦٠٣٧ - فإن قالوا : إن المستعير يضمن .

١٦٠٣٨ - [قلنا] ^(١) : لم يصح ، لأن المستعير من المستأجر يملك الشيء بحكم الإجارة ، بدليل أن المؤجر يستحق الأجرة بإمساكه ، ويستحيل أن يكون الشيء في يد الإنسان بحكم الإجارة من المالك ويكون مضموناً عليه .

١٦٠٣٩ - احتجوا : بما روي ابن أبي مليكة ^(٢) عن أمية بن صفوان ^(٣) عن أبيه ^(٤) أن النبي ﷺ استأجر منه درعاً فقال : أغصبت يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة مؤداة ^(٥) .

١٦٠٤٠ - وصفوان كان كافراً جاهلاً بالأحكام ، فبين له ﷺ أنها ليست غصباً ، وإنما هي عارية ، ولم يكن له حكم العارية في شريعته فدل / أن من حكم العارية الضمان ^(٦) .

١٦٠٤١ - الجواب : أن أمية بن صفوان هو أمية بن صفوان بن عبد الله بن صفوان

(١) ما بين المكونتين ماقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) هو عبد الله بن عبد الله بن أبي مليكة أبو بكر التميمي للذي تابعي ثقة كثير الحديث ، روى عن العبادلة الأربعة وعائشة وأم سلمة وغيرهم ، وروى عنه ابنه يحيى والليث وعطاء بن أبي رباح وعبد العزيز بن رفيع وغيرهم ، كان إمام الحرم ومؤدناً فيه ، وولاه عبد الله بن الزبير قضاء الطائف ، توفي سنة ١١٧ هـ . انظر تهذيب التهذيب (٦٦٨/٥) ، شذرات الذهب (١٥٣/١) ، الأعلام (١٢٣٦/٤) .

(٣) هو أمية بن صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي الجمحي ، وأمه أيضاً جوصية من ولد جمع بن عمر بكى بأبي وهب ، وكان زوج الدرداء بنت أبي الدرداء ، روى عنها وعن جده أبي الدرداء وعلي وسعد وروى عنه الزهري وعصرو بن دينار وغيرهما . انظر تهذيب التهذيب (٣٤٣/١) ، الاستيعاب (٨١٢/٢) .

(٤) هو أبو أمية صفوان بن أمية بن خلف من كبراء قريش في الجاهلية والإسلام ، قتل أبوه يوم بدر كافراً ، وأسلم هو بعد الفتح ، وحسن إسلامه وشهد حيناً مع النبي ﷺ والبرمك وكان من المؤلفة لقبهم ، وروى عدة أحاديث عن النبي ﷺ ، وروى عنه أولاده أمية وعبد الله وعبد الرحمن وابن ابنه صفوان بن عبد الله ، مات بمكة سنة ٤١ هـ وقيل ٤٢ هـ . انظر الاستيعاب (٧١٨/٢) ، أسد الغابة (٢٣/٣) ، طبقات ابن سعد (٤٤٩/٥) ، التاريخ الكبير (٣٠٤/٤) ، المعبر (٣٦/١) ، تهذيب التهذيب (٣٧٢/٤) ، وإصابة (١٨٧/٢) وسير أعلام النبلاء (٦٧٥ - ٥٦٦/٢) .

(٥) أخرجه أبو داود في سنة كتب البيع باب تضمين العارية رقم ٣٥٦٢/٣٢٩٤ ، عن يزيد بن هارون عن شريك عن عبد العزيز بن ربيع عن أمية بن صفوان عن أبيه ، ورواه فليس بن الربيع عن عبد العزيز عن أبي مليكة عن أمية بن صفوان عن أبيه ، ورواه الحاكم في المستدرک (٤٧/٢) ، البيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٦) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٥/١٤) ، المعنى مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) .

ابن أمية ، ذكر هذا البخاري ^(١) .

١٦٠٤٢ - فصفوان بن أمية صاحب القصة جده لأبيه ^(٢) ، فإذا قال في الخبر عن أبيه فهو مرسل ^(٣) .

١٦٠٤٣ - والثاني : أن هذا الخبر لم يرد بلقط الضمان إلا شريك ^(٤) بن عبد الله القاضي عن عبد العزيز بن رفيع ^(٥) عن أمية بن صفوان قال أبو داود هكذا رواه يزيد بن هارون ^(٦) عن شريك ببغداد ^(٧) وفي روايته بواسط ^(٨) على خلاف

(١) ذكر الإمام البخاري في كتابه التاريخ الكبير (٣٠٤/٤) أنه هو أمية بن صفوان بن عبد الله بن صفوان ابن أمية الحمصي المكي القرشي ، سمع جده وأبا بكر بن أبي زهير ، وروى عنه ابن جريج وابن عينة ونافع بن عمر ، وروى شريك بن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن النبي ﷺ استأمره ... إلى ابن الخديث . وقال إسرائيل عن عبد العزيز عن ابن أبي مليكة عن عبد الله بن صفوان بن أمية : استأمر النبي ﷺ ذروا من صفوان .

(٢) في جميع النسخ جـ أبيه ، لعل المقام يقتضي أن يكون صاحب القصة جده لأبيه [.
(٣) المرسل من الحديث ما أسنده التابعي أو تابع التابعي إلى النبي ﷺ من غير أن يذكر الصحابي الذي روى الحديث عن النبي ﷺ كما يقول : قال رسول الله ، قال ابن صلاح في مقدمته : إن حكم المرسل حكم الحديث الضعيف إلا أن يصح مخرجه معيثة من وجه آخر . انظر التعريفات ص ٢٦٦ ، مقدمة ابن صلاح ومحاسن الاصطلاح توثيق وتحقيق د . عائشة عبد الرحمن ط دار الكتب ص ١٣٠ - ١٣٦ .

(٤) هو أبو عبد الله شريك بن عبد الله القاضي ، ولد ببخارى سنة ٩٥هـ وولي القضاء في عهد أبي جعفر المنصور ، حدث عن عطاء وهشام بن عروة وغيرهما وحدث عنه ابن المبارك والليث بن سعد وغيرهما ، قال الساجي : ليس به بأس ، وقال ابن حجر : صدوق يخطو كثيرا ، تغير حفظه منذ ولي القضاء بالكوفة وتوفي بها سنة ١٧٧هـ . انظر ميزان الاعتدال (٢٧٠/٢) ، تقريب التهذيب ص ٢٦٦ ، تهذيب التهذيب (٢٩٣/٤ - ٢٩٦) .

(٥) هو أبو عبد الله عبد العزيز بن رفيع الأسدي ، هو تابعي ثقة ، روى عن ابن عباس وعنه أبو الأحوص وشريك وآخرون ، وثقه أحمد ويحيى وأبو حاتم والنسائي ، توفي سنة ١٣٠هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٢٢٨/٥) ، تهذيب التهذيب (٣٣٧/٦) .

(٦) هو يزيد بن هارون الواسطي بن رافعي أبو خالد السلمي الحافظ ، ولد سنة ١١٨هـ وسمع ابن حكيم وشريك وغيرهما . قال أبو حاتم إنه كان ثقة إماما لا يسأل عن مثله ، ووثقه ابن معين وابن سعد وأحمد وغيرهما ، توفي سنة ٢٠٦هـ . انظر طبقات ابن سعد (٣١٤/٧) ، تهذيب التهذيب (٣٦٦/١) ، لفتح والتعديل للرازي (٢٩٥/٩) ، سير أعلام النبلاء (٣٥٨/٩) .

(٧) بحداد عاصمة المباسين والعراق ، أصله أعجمي فارسي مغرب يمني يستند رجل ، وسماعها المنصور مدينة السلام . كان أول من مصرها وجعلها مدينة ووضع أساسها هو أبو جعفر المنصور وجعل قصره في وسطها ، وجعل لها أربعة أبواب ومن كل باب ميل ، أنفق على مبانيها ثمانية آلاف دينار . انظر معجم البلدان (٤٥٦/١ - ٤٦٨)

(٨) هي مدينة واسط حرمها الحجاج بن يوسف الثقفي وكان قبله هناك موضع يسمى واسط قصب ، سميت

هذا ^(١) .

١٦٠٤٤ - وهذا قدح في الخبر .

١٦٠٤٥ - الثالث : روى جرير ^(٢) بن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله ابن صفوان أن رسول الله ﷺ قال : يا صفوان هل عندك من سلاح ؟ قال : أعارته تأخذها أم غصباً ؟ قال : لا ، بل عارية . فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً . وعز رسول الله ﷺ حينئذ ^(٣) . فلما هزم المشركون جمعت دورع صفوان وفقد منها أدراعاً ، فقاتل عليه الصلاة والسلام لصفوان : قد قدمنا من أدركك درعاً فهل نفرم لك ؟ قال يا رسول الله في قلبي اليوم ما لم يكن يومئذ ^(٤) .

١٦٠٤٦ - وروى أبو الأحوص ^(٥) عن عبد العزيز بن رفيع عن عطاء عن أناس من

واسط ؛ لأنها متوسطة بين البصرة والكوفة . للرب سبعة أواسط منها : واسط نجد ، واسط الحجاز ، واسط الجزيرة ، واسط البصرة ، واسط عراق ، شرع الحجاج في عسارة مدينة واسط في سنة ٨٨٤هـ ، وخرج منها سنة ٨٨٦هـ . انظر معجم البلدان (٣٨٧/٥ - ٣٥٣) .

(١) سنن أبي داود باب تضمين العارية (٥٩/٣) رقم ٣٥٦٢ .

(٢) هو جرير بن عبد الحميد بن قرط الضبي الرازي ، ولد في قرية من قرى أصبهان عام ١١٠هـ ، ونشأ بالكوفة ونزل الري ، روى عن عبد الملك بن عمير وأبي إسحاق الشيباني ويحيى بن سعيد الأنصاري وعبد العزيز بن رفيع وخلقه كثير . وروى عنه إسحاق بن راهويه وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين كان ثقة يرسل إليه ، يزل إلى ابن إسحاق ومالك . وكان من مشايخ الإسلام . كان رجلاً صالحاً لا شك في صلاحه وفضله . وتوفي سنة ١٨٨هـ . انظر تهذيب التهذيب (٦٥/٣ ، ٦٦) ، المعجم (٢٣١/١) ، سير أعلام النبلاء (٩/٩ - ١٨) . شذرات الذهب (٣١٩/١ ، ٣٢٠) .

(٣) حينئذ : ولد قريب من الطائف ، بينه وبين مكة بضعة عشر ميلاً . قال الواقدي : بينه وبين مكة ثلاثة أميال وهو يذكر ويؤثّر والأعلب عليه التذكير ، لأنه اسم ماء وإن قصدت به البلدة والقيمة أنه كما قال حسد بن ثابت : نصرنا ليهم وشدوا أزهره - حينئذ يوم تواكل الأبطال . وهذا الموضع هو الذي هزم فيه رسول الله ﷺ هوازن ، وذكره الله تعالى في كتابه ﴿ لَقَدْ فَصَّرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاقِنَ كَثِيرَةٍ وَوَيْمَ حَسْبُكُمْ ﴾ من الآية ٢٥ سورة التوبة . انظر معجم ما استمع من ألسنة البلاد والمواضع ، لأبي عبد الله بن عبد العزيز الأندلسي ، تحقيق مصطفى السقا (٤٧١/١ - ٤٧٢) طبع دار عالم الكتب ، بيروت بدون تاريخ ولسان العرب (١٠٣٢/٢) ، ومعجم البلدان (٣١٣/٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في مسنده (٢٩٦/٣) رقم ٣٥٦٣ ، وقال كان أعاره قبل أن يسلم ، ثم أسلم ، بمس الإسناد ، باب تضمين العارية . والبيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٦) باب العارية مصمومة والدارقطني في سننه (٤٠/٣) رقم ١٦٢ .

(٥) هو أبو الأحوص سلام بن سالم - كما ضبط البخاري الحفني الكوفي - روى عن عبد العزيز بن رفيع .

آل صفوان قال : استعار النبي ﷺ فذكر معنى حديث جرير ^(١) فقد حالف جرير وأبو الأحوص شريكاً في [إسناد الخبر] ^(٢) .

١٦٠٤٧ - فرواه جرير عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل صفوان ، [ورواه أبو الأحوص عن عبد العزيز بن رفيع عن عطاء عن أناس من آل صفوان] ^(٣) وخالفوا جميعاً شريكاً في مثته فلم يذكرنا الضمان .

١٦٠٤٨ - ومتى اختلفوا على عبد العزيز بن رفيع [تطرق الاحتمال] ، وأبو الأحوص أثبت من شريك ^(٤) ١٢

١٦٠٤٩ - قال البخاري : سمعت أبا بكر بن الأسود ^(٥) يقول : سمعت عبد الرحمن ابن مهدي ^(٦) يقول : أبو الأحوص سلام بن [سليم] الخنفي الكوفي ^(٧) أثبت من شريك

= وابن حرب وأدم بن علي والأسود بن قيس وغيرهم ، وأخذ عنه عبد الرحمن بن مهدي ووكيع وسعيد بن مسروق والحسن بن الربيع وغيرهم ، وقال العجلي : كان ثقة صاحب سنة . وقال أبو زرعة والسمائي ، إنه ثقة ، وقال ابن مهدي : إنه أثبت من شريك ، وقال ابن خزيمة عن ابن معين : ثقة متقن توفي سنة ١٧٩ . انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، التاريخ الصغير للبخاري تحقيق محمود إبراهيم زابد (٢١٨/٢) ط دار الوحي بحلب ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٤) .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٦/٣) رقم ٣٥٦٤ باب تضمن العارية والدارقطني في سننه (٤٠/٣) .
(٢) في جميع النسخ في إسناده الخبر . والصواب ما أثبتناه .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المعكوفين زيادة غير موجودة في النسخ ، وانظر معنى ذلك في التاريخ الكبير للبخاري (١٣٥/٤) ، تهذيب التهذيب (٢٨٣/٤) ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) .

(٥) هو الخافظ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي الأسود واسمه حميد بن الأسود البصري ، ابن أخت عبد الرحمن بن مهدي قاضي همدان وقد ينسب إلى جده . سمع عبد الواحد وأبا عوانة البصري ، قال الخطيب : كان حافظاً متقناً . وذكره ابن حبان في الثقات ، وتوفي سنة ٢٢٣ هـ . انظر تهذيب التهذيب (٦/١) ، تهذيب الكمال (٤٦/١٦ ، ٤٧) ، التاريخ الكبير (١٨٩/٥) ، رجال صحيح البخاري (٤٢٦/١) .

(٦) هو عبد الرحمن بن مهدي بن حسان بن عبد الرحمن العبدي ، ولد عام ١٣٥ هـ ، روى عن أبيه بن ناقل وجرير بن خازم وعكرمة بن عمار ومهدي بن ميمون ومالك وشعبة والسفياني وإسرائيل وغيرهم . وروى عنه عبد الله بن المبارك وابن وهب وأحمد وإسحاق وعلي بن يحيى بن معين وأبو ثور ، قال أبو حاتم : هو إمام ثقة أثبت من يحيى بن سعيد وثقتن من وكيع والأكرم عن أحمد : إذا حدث عبد الرحمن عن رجل فهو حجة . وقال الشامي : لا أعرف له نظيراً في الدنيا ، توفي بالبصرة سنة ١٩٨ هـ . انظر تهذيب الكمال (٢٣٠/١٧ - ٤٤٢) ، تهذيب التهذيب (٢٥٠/٦ - ٢٥٢) ، شذرات الذهب (٢٤٩/١) .

(٧) في جميع النسخ سلام بن سليمان ولكن الإمام البخاري ضبطه في نص منقول عنه بأنه [سلام بن سليم الخنفي الكوفي] وأما أن يكون أبو الأحوص سلام بن سليمان ، فهذا تحريف من النسخ ، وهو الأحوص سلام بن =

ابن عبد الله القاضي^(١) وأخرج البخاري جريزاً وأبياً الأخص في الصحيح^(٢) ، ولم يخرج شريكاً ، فالرجوع عند الاختلاف إلى الأثبت أولى ، ورواية اثنين عن عبد العزيز بن ربيع أولى من رواية واحد .

١٦٠٥٠ - الرابع : قد عارض هذا رواية همام عن قتادة^(٣) عن عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يحيى عن أبيه قال : قلت يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال : بل مؤداة^(٤) ، وهذا نص في نفي الضمان فلا يكون الرجوع إلى ما رويته في حديث شريك من إثبات الضمان بأولى مما في حديث قتادة من إسقاطه . وقد وافق قتادة أبو الأخص وجريز ، ولم يوافق شريكاً أحد .

١٦٠٥١ - الخامس : أنا لو سلمنا ذكر الضمان لم يكن فيه دلالة ، لأن عندنا العارية مضمونة الرد ، وعندهم العارية مضمونة بالهلاك^(٥) والخبر يقتضي ثبوت الضمان ، فليس ما يقولونه أولى مما نقوله . يبين ذلك : أن العارية اسم للمعد لا للعين . هذا هو الحقيقة ، والمعد لا يوصف بالضمان ، فلم يكن بد من الانصراف عن الظاهر فليس بأن يحمل على العين بأولى من حملنا له على الرد .

١٦٠٥٢ - فإن قيل : النبي ﷺ جعل الضمان صفة للعين^(٦) .

١٦٠٥٣ - قلنا : لم نسلم ؛ لأنه وصف به العارية ، والعارية ليست العين فلم يت لهم ظاهر .

= سلم سبقت ترجمته انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، التاريخ الصغير البخاري (٢١٨/٢) تحقيق محمود إبراهيم رابد ط دار الرعي بحلب ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٤) .

(١) انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٤) .
(٢) انظر كتاب رجال صحيح البخاري (٤٣٢/١) .

(٣) هو قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز أبو الخطاب السدوسي البصري ، كان عالماً بالحديث ، وثناً في العربية . من آثاره تفسير القرآن الكريم ، وروى مصر عنه ، قال قتادة : ما قلت لمحدث قط أعد علي وما سمعت شيئاً إلا وعاه قلبي . قال شيخه ابن سيرين : قتادة أحفظ الناس . وقال أحمد بن حنبل : قل أن يجد من يتعلم قتادة ، كان عالماً بالتفسير واختلاف العلماء . توفي سنة ١١٨ هـ . انظر معجم المؤلفين (١٢٧/٨) ، شذرات الذهب (١٥٤/١) ، العبر (١١٢/١) .

(٤) أخرجه الإمام أبو داود في سننه . باب تضمين العارية (٢٩٧/٣ ، ٢٩٨) رقم ٢٥٦٦ .

(٥) المبسوط (١٣٦/١١) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) .

(٦) الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، قال المازودي في تفسير الحديث المروي عن شريك عن عبد العزيز بن أبي عن أمية بن صبروان بن أمية أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين ، فقال : أغصب يا محمد ، هذا . بل عارية ، فرفضها بالضمان بيان لحكمها عند جهله به .

١٦٠٥٤ - فإن قيل : ضمان الرد قد فهم بقوله : مؤداة (١) .

١٦٠٥٥ - قلنا : مؤداة يقتضي وجوب الرد ، فأما ضمان أجرة المثل فلا يفيد .

١٦٠٥٦ - ألا ترى أن الوديعة [أمانة] (٢) فالأمانات أمر الله تعالى بأدائها ولم يدل ذلك على ضمان أجرة الرد .

١٦٠٥٧ - الجواب السادس : أن النبي ﷺ أخذه بغير رضاه ، بدلالة قوله أغصبتا تأخذها يا محمد ؟ وهو رحل من أهل اللغة لا يسمي العارية المأخوذة بالإذن غصبتا ، وإنما ذلك اسم للمأخوذ بغير إذن المالك ، فبين له عليه الصلاة والسلام أن ذلك ليس بعصب ، وإنما هو عارية أذن الشرع فيها مضمونة ؛ لأنها أخذت بغير رضاه . وعندنا : للإمام إذا احتاج إلى السلاح أن يأخذه بغير طيب نفس أصحابه ويضمنه لهم (٣) .

١٦٠٥٨ - فإن قيل : في الخبر استعار .

١٦٠٥٩ - قلنا : استعار معناه طلب العارية ، وكذلك يفعل الإمام ، فإذا امتنع المالك من الدفع أخذها بغير إذنه ، وكانت عارية مباحة بالشرع ، يتعلق بها الضمان (٤) .

١٦٠٦٠ - الجواب السابع : أن أبا سعيد البردعي قال : إن العارية إذا شرط فيها الضمان ضمنت ، وقد شرط عليه السلام الضمان (٥) .

١٦٠٦١ - قالوا : لو كان مقتضاها الأمانة لم يضمن بالشرط ، كما لا يضمن الوديعة بالشرط (٦) .

(١) انظر المرجع السابق في الموضوع السابق . في جواب اعتراض الخنفية قال الماوردي : فإن قيل هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد وليست مضمونة العين . قيل إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان ، على أنه قد روي عنه ﷺ أنه قال : عارية مضمونة مؤداة ، فكان الأداء محمولاً على الرد ، والضمان على التلف .

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من جميع النسخ ، لعل السياق يقتضيها .

(٣) المبسوط (١٣٦/١) ، تبين الحقائق (٨٥/٥) ، البناية على الهداية (١٧٩/٩) . قال السرخسي : فإن قيل : إنه أخذ تلك الدروع بغير رضاه ، وقد دل عليه قوله أغصبتا يا محمد ، إلا أنه إذا كان محتاجاً إلى السلاح كان الأخذ له حلالاً فمعة شرعاً ، ولكن بشرط الضمان ، كس أصابته محمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان .

(٤) المبسوط (١٣٦/١) .

(٥) وهذا أيضاً مذهب قتادة وعبد الله بن حسن العنبري كما سبق ذكره . انظر المبسوط (١٣٦/١) ، البناية على الهداية (١٧٦/٩) ، تبين الحقائق (٨٥/٥) .

(٦) انظر كتاب الأم (٢٥٠/٣) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) ، المحي مع الشرح الكبير (٣٦٦/٥) .

١٦٠٦٢ - قلنا : الوديعة يمسكها لمنفعة صاحبها ، فلا يجوز أن يضمها . ولو ضمها دفع بالضمان ، فلا معنى لإثباته ، والعارية [يمسكها] ^(١) لمنفعة يختص بها ، فيصح إن شرط ضمانها ، لأنه إذا ضمن لم يرجع بالضمان فكان في شرطه فائدة ^(٢) .

١٦٠٦٣ - الجواب الثامن : قال محمد بن مقاتل الرازي ^(٣) : صفوان بن أمية كان كافرا مستأثما ، أخذت له زوجته الأمان من رسول الله ﷺ والمستأمن في دارنا على حكم دار الحرب ، يجوز له من الشرط ما لا يجوز للمسلمين ولهذا لا يلزم عليه الحدود لتبعية على حكم الحرب ، فلهذا شرط عليه الصلاة والسلام له ضمان العارية ، وإن كان ذلك لا يجوز اشتراطه للمسلمين ^(٤) .

١٦٠٦٤ - وذكر الطحاوي في الاختلاف ^(٥) عن محمد بن عباس الرامي ^(٦) أنه تأول الخبر فقال : لأنه كان حربيا فشرط ذلك ^(٧) له .

- (١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
- (٢) البسوط (١٣٦/١١) . قال السرخسي : كان هذا من رسول الله ﷺ اشتراط الضمان على نفسه ، والمستعير وإن كان لا يضمن ، ولكن يضمن بالشرط كالودع على ما ذكر في المتن .
- (٣) هو محمد بن مقاتل الرازي من أصحاب محمد بن الحسن من طبقة سليمان بن شعيب وعلي بن سعد قاضي الري ، روى عن محمد ووكيع وأبي مطيع وغيرهم وروى عنه عيسى بن موسى المزني ، وسبق عنه البخاري ولم يحدث عنه . كان قتيها عالما بالعلوم والفنون ، توفي سنة ١٤٨ هـ بالري . انظر الفوائد البهية ص ٢٠١ ، الجواهر المصية (٣٧٢/٣) ، أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص ١٩٧ ، تهذيب التهذيب (٤٩٦/٩) ، لسان الميزان (٣٨٨/٥) .
- (٤) انظر البسوط (١٣٦/١١) ، تبين الحقائق (٨٥/٥) ، حاشية شلبي عليه (٨٥/٥) ، لبابة على الهداية (١٧٩/٩) . قال السرخسي : ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين ، وهكذا ذكر الزيلعي وشرحه الشلبي فقال : ولأن صفوان كان حربيا ، لأنه كان مستأثما .

(٥) هو كتاب اختلاف العلماء أو الاختلاف بين الفقهاء كما ذكره ابن النديم لأبي جعفر الطحاوي ويقال له : اختلاف الروايات وهو في مائة وثلاثين جزءا قد اختصره الإمام أبو بكر أحمد بن علي الجصاص وطبع هذا المختصر مع تحقيق ودراسة د/ عبد الله نذير أحمد الأستاذ المساعد بقسم الدراسات الإسلامية ، كلية الآداب ، جامعة الملك عبد العزيز ط دار البشائر الإسلامية ، لبنان ، بيروت . وسماء اختصار اختلاف العلماء . انظر كشف الظنون (٣٢/١) ، فهرست ص ٢٩٢ .

(٦) في (ص) : [الرازي] ، وفي (ع) ، (م) : [السارمي] والصواب ما أثبتناه كما في كتاب الأنساب لسماي (٥٤/٦) .

(٧) انظر مختصر اختلاف العلماء للطحاوي الذي اختصره الرازي (١٨٧/٤) .

١٦٠٦٥ - فإن قيل : مكة يومئذ كانت دار الإسلام والشروط التي تجوز مع أهل الحرب إنما تجوز في دار الحرب .

١٦٠٦٦ - قلنا : قد بينا أن المستأمن على حكم دار الحرب ، فيصح أن يُشترط معه ما لا يجوز للمسلمين ، ولهذا يجوز للإمام أن يأخذ أموالهم رهينة ، وإن لم يجوز ذلك مع المسلمين .

١٦٠٦٧ - الجواب التاسع ^(١) : أن النبي ﷺ أمن أهل مكة في أنفسهم بقوله : « من دخل دار أبي سفيان ^(٢) فهو آمن » ^(٣) ولم يتعرض لأموالهم بشيء فكانت موقوفة على حكم أموال أهل الحرب ، فأخذها النبي ﷺ على هذا الوجه ، وشرط له الضمان بإبقائه على الإسلام ، ولهذا جاز الأخذ بغير رضا حتى قال : يا محمد ؟ .

١٦٠٦٨ - الجواب العاشر : إن محمد بن جرير الطبري ^(٤) ذكر أن هذه الأدرع لم

(١) في جميع النسخ جواب تاسع فريد الألف واللام ليناسب ما سبقها من الأجوبة وكذلك الجواب العاشر .
(٢) هو أبو سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي وله كنية أخرى : أبو حنيفة ، ولد قبل عام الفيل بمصر سنين ، وأسلم ليلة الفتح ، وشهد حنيناً والطائف مع النبي ﷺ ، وأعطى له رسول الله ﷺ من ضلالم حنين مائة مبر وأربعين أوقية ، كما أعطى سائر المؤلفة وأعطى لابنه يزيد ومعاوية فقال له أبو سفيان - والله إنك لكرم فذاك أبي وأمي وإني لقد حاربتك فلنعم المحارب كنت ! ولقد سألناك فلنعم المسالم أنت ! جزاك الله خيراً ! قد كان رأس للمشركين يوم أحد وقفت عينه يوم الطائف وقيل قفت عينه الأخرى يوم اليرموك ، واستعصمه رسول الله ﷺ علي بنجران ، ومات النبي ﷺ وهو وال عليها . توفي سنة (٣١) هـ بالمدينة . أسد الغابة (٣٩٢/٢ ، ٣٩٣) ، الإصابة (١٧٨/٢ ، ١٧٩) ، الأعلام (٢٨٨/٣) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة كتاب الجهاد باب فتح مكة (١٤٠٨/٣) رقم (٨٦/١٧٨٠) مكرر . ورواه أبو داود في سننه (١٦٢/٣) رقم ٣٠٢٢ عن ابن عباس كتاب الخراج والإمارة والقيء باب ما جاء في غير مكة ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤/٦) ، كتاب البيوع باب ما جاء في بيع دور مكة ، وأخرجه أحمد في حنبل في مسنده (٣٨٨/٢) عن أبي هريرة ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب المغزي ، باب فتح مكة (٤٧٥/١٤) رقم ١٨٧٤٦ وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب المغاري ، باب عرة الفتح (٣٧١/٥) رقم ٩٧٣٩ .

(٤) هو الإمام الجليل أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، ولد بأمل بطبرستان سنة ٢٢٤ هـ وطاف الأناheim في طلب العلم ، واستوطن بغداد ، وأقام بها إلى حين وفاته سنة ٣٢٠ هـ ، سمح إسحاق بن إسرائيل ومحمد بن حميد الرازي وطبقتهما ، وسمع منه محمد الباقر والطبراني وخلق كثير ، كان صحيحاً لا يقلت أسداً ، قال الخطيب : كانت الأئمة يحكمون بقوله ، ويرجعون إلى روايته لمعرفته وفصله ، جمع من العلوم ما لم يشاركه فيه أحد من أهل عصره ، من مؤلفاته القيمة : جامع البيان في تأويل آي القرآن ، اختلاف الفقهاء ، تهذيب آثار مسند عبد الله بن عباس ، التبصير في أصول الفقه ، تاريخ الرسل والملوك وغيرها انظر تلخيص بغداد (٢١٦٢ - ١٦٩) ، شمرات الذهب (٢٦٠/٢) ، وفیات الأعيان (٣٢٢/٣) ، تهذيب الأسماء

نكن لصفوان وإنما كانت في يده لغيره ، فأخذها النبي ﷺ بإذن صفوان ، فلم يسقط ضمانها في حق مالكها ، فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة لهذا المص .
 ١٦٠٦٩ - الجواب الحادي عشر : أن النبي ﷺ لما رد الأدرع فقد بعضها ، قال لصفوان : إن شئت غرمتها لك ، فقال صفوان : لا أنا اليوم أرغب في الإسلام من ذلك اليوم ^(١) ، ولو كانت مضمونة لم يخير صفوان في الضمان ، ولم يقع منه بقوله حتى يؤدي إليه المضمون أو يبرئه منه ^(٢) . يتبين ذلك أنه عليه الصلاة والسلام اقترض ^(٣) من عبد الله بن ربيعة ^(٤) ثلاثين ألف درهم ، فلما أراد أن يعطيه أتى أن يقبل . فقال عليه الصلاة والسلام : إنما جزاء القرض الوفاء والحمد ^(٥) .
 ١٦٠٧٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله [قد] أعطى كل

(١) سبق تخريج الحديث .

= واللغات (٧٨/١) .

(٢) قال القراني : إن الضمان صفة للعارية لم يقع على مشيئة . انظر الذخيرة (٢٠١/٦) .

(٣) في (ص) : [اقترض] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٤) في جميع المسح عبد الله بن ربيعة ، ولكن بالرجوع إلى المراجع تبين أنه هو عبد الله بن أبي ربيعة بن الحيرة ابن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي الخزومي ، وأمه ثقفية ، كان اسمه في الجاهلية بغيرا ، فسمه رسول الله ﷺ عبد الله ، واسم أبي ربيعة عمرو وقيل حنيفة ، وغلب اسمه كنيته ، والأكثر بقره عمرو . كان أبو ربيعة يقال له : ذو الرحمن ، وكان من أشرف قريش في الجاهلية ، وأسلم يوم فتح مكة ، وكان من أحسن الناس وجهاً . قال البخاري : هو الذي أرسلته قريش مع عمرو بن العاص إلى الجاشي في طلب أصحاب رسول الله ﷺ الذين كانوا بالحبشة ، وهو أخو أبي جهل لأمه ، ويقال إنه هو الذي أجارته أم هانئ ، وولاه رسول الله ﷺ الحسد ولاية باليس ، ولم يزل والثيا عليها حتى قتل عمرو بن الخطاب ، وكان عرفه أصحاب إليه صنعا ، ثم ولي عثمان الخلافة ، فوفاة ذلك أبخاً ، فلما لحق عثمان جاء لمبصره فسقط عن راحلته بقرب مكة فمات سنة ٤٥ هـ .

انظر أسد الغابة في معرفة الصحابة (١٢٩/٣) ، الإصابة (٣٠٥/٢) .

(٥) روى النسائي في سننه عن إسماعيل بن إبراهيم عن عبد بن أبي ربيعة عن جده عبد الله قال : استقرض مني رسول الله ﷺ أربعين ألفاً فحماه مال فدفعه إلي ، وقال : بارك الله لك في أهلك ومالك ، إنما جزأه السلف الحمد والأداء ، والنظ له . كتاب البور باب الاستقراض (٣٩٤/٧) ، رقم ٦٨٣ ، أسد الغابة في معرفة الصحابة (١٢٩/٣) . هذا ويلاحظ : أن الإمام القدوري استطاع في هذه المسألة بتقويرة المعنى وجدارته في علم الحديث أن يرد على الشافعية بأحد عشر جواباً على دليل واحد ، وهذا لا يأتي إلا بمن انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي في عصره ، ووافقت الإمام ابن حزم ما ذكره القدوري علي مدعاه بأن الطهارة أمانة لا تنص إلا بالتصدي ، والإمام ابن حزم فقيه ومحدث .

(٦) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) [وفي سائر كتب السلف] .

ذي حق حقه فلا وصية لوارث . العارية مضمونة والمسحة مردودة (١) وهذا الخبر ليس فيه ذكر الضمان .

١٦٠٧١ - ذكره الدارقطني وأبو داود ، وكذا رويناه ، وجعلناه حجة لنا . ولو ثبت حملاه على ضمان الرد ، وعلى عارية المكيل والموزون ، وعلى عارية الرهن للمرتهن بغير رضا المرتهن .

١٦٠٧٢ - قالوا : روى قتادة عن الحسن (٢) عن سمرة (٣) أن رسول الله ﷺ قال : علي اليد ما أخذت حتى تؤديه (٤) .

١٦٠٧٣ - قلنا : لا دلالة فيه ، لأنه يقتضي وجوب رد المأخوذ ، وهذا متفق عليه . والخلاف في رد البذل ، والخبر لا يدل على ذلك (٥) .

(١) انظر هنا الحديث في الحاوي الكبير (١١٦/٧) ، وقد سبق تخريجه عند الاستدلال به ضمن أدلة الحنفية .
(٢) هو الإمام أبو سعيد الحسن بن يسار البصري ، كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمانه ، ولد لستين بقينا من خلافة عمر بن الخطاب ، وسمع خطبة عثمان ، أبوه مولى زيد بن ثابت ، وأمه مولاة أم سلمة ، وكان جسيماً ومصبيحاً ، قال ابن سعد في طبقاته : كان جامعاً رفيقاً فقيهاً حجة مأموناً ناسكاً كثير العلم ، توفي سنة ١١٠هـ . انظر ميزان الاعتدال (٢٥٤/١) ، حلية الأولياء (١٣١/٢) ، العبر (١٠٣/١) ، شذرات الذهب (١٣٦/١) .

(٣) هو سمرة بن جندب بن هلال الفزاري ، سكن البصرة ، قدمت به أمه إلى المدينة بعد موت أبيه ، فتزوجها رجل من الأنصار اسمه مري بن سنان . وكان في حجره إلى أن صار غلاماً وغزاه مع رسول الله ﷺ غير غزوة ، وكان يهاد يستخلفه على البصرة إذا سار إلى الكوفة ، ويستخلفه على الكوفة إذا سار إلى البصرة ، وكان شديداً على الخوارج وكان إذا أتى بواحد منهم قتله ، كان ابن سيرين والحسن البصري ومضلاء البصرة يشون عنه ، روى عنه الشعبي وابن أبي ليلى وعلي بن ربيعة وعبد الله بن بريدة والحسن البصري وابن سيرين وغيرهم ، توفي سنة ٥٩هـ بالبصرة . انظر أسد الغابة (٣٠٣/٢) ، الإصابة (٧٩/٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه كتاب العارية باب تضمين العارية (٢٩٧/٣) ، رقم ٣٥٦١ ، وقال : ذكر أن الحسن نسي فقال هو أمينك ولا ضمان عليه وأخرجه الترمذي في الجامع الصغير باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٢٦٩/٢) رقم ١٢٨٤ وقال حديث حسن صحيح ، ورواه الدارمي (٢٦٤/٢) ، وابن ماجه (٨٠٢/٢) ، رقم ٢٤٠٠ ، البيهقي في السنن الكبرى كتاب العارية باب العارية مضمونة (٩٠/٦) ، أحمد في مسنده (١٣/٥) . وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، ذكر للوردي أن في هذا الحديث دليلين : الأول : أنه جعل عليها ما أخذت ، وهذا تضمين . والثاني : أنه واجب الأداء ، وذلك يقتضي عزم الحائِل من قيمة وعين .

(٥) قال الرافعي في تفسير هذا الحديث : على اليد ما أخذت يقتضي رد العين ، وبه نقول ، لأن رد العين واجب في الأمانات . انظر تبين الحقائق (٨٥/٥) .

١٦٠٧٤ - قالوا : روي أن عائشة رضي الله عنها استعارت قصعة ^(١) وانكسرت فأمر النبي ﷺ أن يعرم لهم قصعة مثلها ^(٢) .

١٦٠٧٥ - قلنا : الذي روي أن صفية رضي الله عنها حملت إلى النبي ﷺ طعانا في قصعة فكسرتها عائشة رضي الله عنها ، وليس يمتنع أن يكون كسرتها ويقال انكسرت ، لأنهم يقولون كسرتة فانكسر ، ولو ثبت أنها كانت عارية انكسرت بنفسها احتمل أن يكون النبي ﷺ أمر بذلك على طريق حسن العشرة وتطمين القلب ولو كان على وجه الوجوب لضمنت بالقيمة ، لأن القصعة لا تضمن بمثلها ^(٣) .

١٦٠٧٦ - قالوا : روي عن ابن عباس وأبي هريرة ^(٤) أنها قالوا : العارية

(١) القصعة هي الآية الصخمة التي تشع العشرة . انظر لسان العرب (٣٦٥٣/٥) مادة قصع ، طلة الطلح ص ٢٦١ .

(٢) روى أبو جارد في سننه باب تضمن العارية (٢٩٧/٣ ، ٢٩٨) رقم ٣٥٦٨ ، عن خالد بن حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ كان عبد بعض نساءه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادمها قصعة بها طعام ، قال : ففترت يدها فكسرت القصعة ، قال ابن المني : فأخذ النبي ﷺ فضم أحدهما إلى الأخرى فجعل فيها الطعام ويقول غارت أكم . وزاد ابن المني : كلوا فاكلوا حتى جاءت قصعتها التي في ينها وقال : كلوا ، وحس الرسول القصعة حتى فرغوا ، فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحس المكسورة في يته . وفي حديث آخر قالت عائشة رضي الله عنها ما رأيت صائغا مثل صفية ، صنعت لرسول الله ﷺ طعانا فبعث به فأحسني أفكل فكسرت الإءاء وقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت . قال : إناء مثل إءاء وطعام مثل طعام . وروى البحاري في صحيحه باب إذا كسر قصعة أو شيئا بغيره (١٧٩/٣) ، البيهقي في السنن الكبرى (٩٠/٦) انظر هنا الدليل في الحاوي الكبير (١١٩/٧) .

(٣) هي أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب بن صبرة بن ثعلبة من سبط لادوي بن يعقوب ثم ولد هارون بن عمران أخي موسى عليه السلام ، أمها برة بنت سموتيل ، كانت زوج سلام بن مشكم اليهودي ثم خلف عليها كنانة ابن أبي الحقيق وهما شاعران قتل كنانة يوم خيبر ، روى أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ لما فتح خيبر وجمع النبي ﷺ أتاه دحية بن خليفة ، فقال : اعطني جارية من السبي ، قال : اذهب ، فخذ جارية ، فذهب فأخذ صفية . قيل يا رسول الله إنها سيدة هريظة والنضير ما تصلح إلا لك ، فقال رسول الله ﷺ عند حارثة بن السبي غيرها ، وأحدها رسول الله ﷺ وصطفاهما وحجها وأعتقها وتزوجها وجعل عتقها صدقتها ، ماتت سنة ٥٢ هـ . وفي خلافة معاوية ، روت عن النبي ﷺ وروى عنها ابن أخيها ومولاها كنانة ومولاها الآخر يزيد بن معتب وروى العابدس علي بن الحسين وغيرهم . انظر أسد الغابة (١٦٩/٧ - ١٧١) ، الإصابة (٧٣٨/٧ ، ٧٤٢) .

(٤) انظر المسوط (١٣٦/١١ ، ١٣٧) ، الذخيرة للقرافي (٢٠١/٦) .

(٥) هو أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي صاحب رسول الله ﷺ ، وكان اسمه في الجاهلية عبد الشمس وصماه الرسول عبد الرحمن ، وكان من أصحاب الصفة ، أسلم يوم خيبر وشهدا مع رسول الله ﷺ ثم لزمه وواطى عليه ، قد كان أحفظ أصحاب النبي ﷺ وأكثرهم رواية عنه ، ومن أشهر من سكب

مضمونة ولا مخالف لهما ^(١) .

١٦٠٧٧ - قلنا : ذكر الطحاوي بإسناده عن علي عليه السلام أنه كان لا يضمن العارية ، ويقول : هي معروف ، وذكر عن ابن عمر عن عمر عليه السلام مثله ^(٢) .

١٦٠٧٨ - قالوا : مقبوض بغير استحقاق لنفسه لا الانتفاع به ، فوجب أن يكون هلاكه من ضمانه ، كالقرض ^(٣) .

١٦٠٧٩ - وقولهم : بغير استحقاق احتراز من الإجارة والموصى بخدمته .

١٦٠٨٠ - [وقولهم] ^(٤) : لنفسه احتراز من الشركة والمضاربة والوكالة .

١٦٠٨١ - [وقولهم] ^(٥) له الانتفاع به : احتراز من الرهن .

١٦٠٨٢ - الجواب : أن القبض لا يستحق . إنما يخالف المستحق متى لم يكن جائزاً ، وأما إذا جاز القبض وأذن فيه فالاستحقاق / وعدم الاستحقاق سواء ، وينتقض

= الصفة واستوطنها طوال عمر النبي صلى الله عليه وسلم ، قال البخاري : روى عن أبي هريرة أكثر من ثمانمائة رجل من صاحب وتابع ، واستعمله عمر على البحرين ثم عرله ثم عرضه على العمل فامتنع وسكن المدينة ، وبها كانت وفاته سنة ٥٧ هـ ، وقيل غير ذلك وهو ابن ٧٨ سنة . انظر أسد الغابة (٣١٨/٥ - ٣٢١) ، الإصابة (٢٠٣/٤ - ٢١١) ، حلية الأولياء ٣٧٦/١ .

(١) روى عبد الرزاق في مصنفه عن إسرائيل عن عبد العزيز بن ربيع عن أبي مليكة وكان قاضياً قل : سألت ابن عباس أضمن العارية ؟ قال : نعم إن شاء أهلها . وروي أيضاً عن ابن عيسى عن عمر وابن دينار عن عبد الرحمن بن السائب عن أبي هريرة عليه السلام قال : العارية تفرم حيث إن رجلاً استعار بهدياً من رجل فعطب ، فأتي به مروان ابن الحكم فأرسله مروان إلى أبي هريرة فسأله فقل : بخرم ، وروي عن ابن عباس مثله . انظر مصنف عبد الرزاق (١٨٠/٨) ، السنن الكبرى للبيهقي (٩٠/٦) ، المحلى لابن حزم (١٧٠/٩) . ونظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، المعنى مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) .

(٢) انظر مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (١٨٧/٤) ، وروى عبد الرزاق في المصنف (١٧٩/٨) عن محمد بن الحنفية عن علي كرم الله وجهه ليست العارية مضمونة إنما هو معروف إلا أن يخالف فيضمن ، وروى عنه أيضاً ابن عينة فقال : قال علي : ليس على صاحب العارية ضمان .

(٣) قال القاضي الماوردي : إنها عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق ، فوجب أن تكون من ضمانه كالقرض ، ولأنه مقبوض لم يزل ملك صاحبه فوجب أن يكون من ضمان من تمتل الانتفاع به كالإجارة والوديعة . انظر الحاوي (١١٩/٧) .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من جميع السخ لعل السياق يقتضيه . وكل ذلك شرح وتوضيح من قبل الإمام القنوري على الدليل قبل الرد عليه .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من جميع السخ لعل السياق يقتضيه .

بالمقبوض على سوم الإحارة إذا قال استعمله والأوصاف موجودة ، ولا ضمان .

١٩٠٨٣ - ومعنى قولنا : إنه مقبوض بنفسه أنه يقبضه حتى ينظر هل يصلح له أم لا ؟ وهذه منفعة يختص بها ولا شبهة في أنه غير مضمون ، لأنه مقبوض على سوم عقد لا يقضي الضمان . والمعنى في القرض أنه قبضه لينسلكه بالعوض ، فكان مضموناً عليه . والعارية قبضها بإذن مالكها لا يملكها ولا يقضي بها حقاً عليه فلم يكن مضموناً كالإحارة والوديعة . أو تقول : لفظ العوض موضوع لوجوب المثل . يقولون : الأيادي من قرض . بمعنى من أسدى معروفًا وجب له مثله . وإذا اقتضى اللفظ وجوب المثل كان مضموناً . والعارية أخذها بإذن مالكها ، لا ليمتلكها ولا يقضي بها حقاً فلم تكن مضمونة .

١٩٠٨٤ - قالوا : كل مال ضُمن بالرد ضُمن بالمقبض ، كما تأخذ على سيل السوم . وعكسه الوديعة والمضاربة والشركة والعين المستأجرة ^(١) .

١٩٠٨٥ - قلنا : يطل من استأجر رجلاً ليحمل له حمولة في منزله فالتاع مضمون الرد على الحمال ، وليس مضمون العين ، [والحربي إذا غصب من المسلم مالا فليس بمضمون العين] ^(٢) وهو مضمون الرد عندهم ^(٣) لأنه لا [يملكه] ^(٤) بالغلبة وكذلك عن أصلهم إذا غصب صبيًا حرًا فهو مضمون الرد عندهم ، وليس بمضمون العين .

١٩٠٨٦ - ولأن ضمان الرد إنما يجب لمعنى ، وهو أن المالك لا منفعة له في قبض المستعير ، وإنما انفرد بالمنفعة فلم يجز تكليف المالك مؤنة ، وعليه ضمان العين للتعدي في الأجرة أو القبض للتمليك أو للقضاء ، وهذا لم يوجد في العارية . والمعنى في المقبوض على وجه السوم أنه يشبه لو قبض به الموصى له ضمن ، كذلك إذا قبض به غير الموصى له ضمن ، يأنه : أن رجلاً لو أوصى أن يباع عبده من فلان ، فمات الموصى ، ودفع إلى الموصى له لينظر هل يصلح له أم لا ، فهلك في يده كان مضموناً عليه . وأما العارية فهو تسليم العين على طريق التبرع بمفعتها وهذا المعنى لو وقع إلى الموصى له أنه تصر العين مضمونة عليه ، كذلك إذا قبضها عن الموصى له علي ذلك الوجه لم تكن

(١) انظر هذا للمصنف في الكت للشيرازي ورقة ١٧٢ (أ) .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) قال الماوردي : إذا أحرز المشترك أموال المسلمين بغارة أو سرقة لم يملكوها . انظر الحارثي الكوفي (٢١٦/١٤) .

(٤) في جميع النسخ [يمكنه] بدلاً من [يملكه] ، والثالث هو الصواب .

هل العارية مضمونة أو أمانة ؟ ٣٢٨٩/٧
مضمونة عليه .

١٦٠٨٧ - قالوا : مقبوض عن عقد لا يتضمن زوال الملك فوجب أن يكون ملاحه
من تكملة المنفعة له كالوديعة ^(١) .

١٦٠٨٨ - قلنا : يبطل بالعبد الموصى بخدمته . ونقلب فنقول : ألا يكون مضموناً
على القابض ، كالوديعة ؟ .

١٦٠٨٩ - قالوا : المستعير من الغاصب إذا ضمن لصاحبه لم يرجع على الغاصب .
فوجب إذا قبضه من صاحبه لم يكن مضموناً ^(٢) . أصله : القبض لشراء فاسد على سبيل
السوم وغصبه من الغاصب . وتحريره ^(٣) أن كل ما قبضه من الغاصب ضمنه لصاحبه ،
ولم يرجع على الغاصب ، فإذا قبضه من صاحبه كان مضموناً عليه ، أصله ما ذكرنا .

١٦٠٩٠ - قلنا : الرجوع فيما لزمه من الضمان ليس من وجوب الضمان في شيء ،
لأن الرجوع إما يكون لأجل القورر بإيجاب عقد فيه بدل أو يقتضي ^(٤) نفعه [ولا
يوجد في قبض المستعير ، لأن قبضه نفعه لمنفعة نفسه] ^(٥) بغير عوض ؛ فلهذا لا
يرجع . وإما عليه الضمان بأن يكون القبض وقع بغير رضا المالك أو على وجه التملك
يدل ، أو قضاء الحق ، وهذا لا يوجد في العارية .

١٦٠٩١ - فإن قيل : إذا كان قبض المستعير لنفسه فيجب أن يتعلق به الضمان ، إذا
أعار [الغاصب] ^(٦) أقبض المودع الذي وقع قبضه للمالك .

١٦٠٩٢ - قلنا : يبطل هذا بقبض الموصى له الخدمة .

١٦٠٩٣ - فإن قيل : هناك القبض مستحق بدلالة أن الورثة لا تملك الرجوع .

(١) المتن مع الشرح الكبير (٣٥٦/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، وبارته : ه لأن الغاصب لو أعار كان للمستعير منه ضماناً ، ولو أودع كان
النسود منه غير ضامن ، لأن السودود لو أقرم رجع على الغاصب ، والمستعير إذا عزم لم يرجع على المارم ،
وكذلك إذا كان مقبوضاً من المالك .

(٣) قال المارودي : ويتحرر من احتلاله قياساً ، أحدهما : أن كل قص وقع من غير المالك مضموناً يكون
كذلك لو وقع من المالك كالغصب طرذا والوديعة عكساً . والثاني : أنه مستعار فوجب أن يكون مضموناً
على المستعير كالمقبوض قياساً على المستعير من الغاصب . انظر الحاوي الكبير (١١٩/٧ ، ١٢٠)

(٤) في (ع) ، (م) : يقتضي [، وفي (م) :] العارية غير واضحة ، ولعلها يقتصر [.

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (م) .

١٦٠٩٤ - قلنا : ليس بمستحق بدلالة أن الموجب له ، وهو الموصي ، يملك الرجوع فيه وإنما يتعذر عليه ما كان يملكه بموته ولم يتعذر على المير ، فلا فرق بينهما . وأصل العلة المقوض على رجه السوم وبيع فاسد ، وقد بينا الفرق بين ذلك وبين العارية ، وهو أن ذلك يشبه لو قبض به الموصى له كان مضموناً وبذل المانع على وجه التبرع سبب إقبض به الموصي لم يكن مضموناً ، وإن جعلوا الأصل الغصب .

١٦٠٩٥ - والمعنى فيه أنه قبض تضمن به الأجزاء فضمنت به العين ، وهذا القبض لا يضمن به الأجزاء على ما قدمنا فلا يضمن به العين ^(١) . أو نقول المعنى في الغصب أنه مأخوذ على جهة التعدي فكان مضموناً على القايض .

١٦٠٩٦ - وفي مسائلنا مأخوذ بإذن المالك ليتفع بالعين ويردها ، فلم يكن مضموناً كاستأجر والموصى ^(٢) بخدمته .

١٦٠٩٧ - قالوا : العارية على ضررين : عارية المكيل والموزون ، وعارية المانع ، فإذا كان يقتضي أحدهما الضمان كذلك الآخر ^(٣) .

(١) في (م) : [للمعى] . (٢) في (ع) ، (م) : [الوصى] .

(٣) يشترط الشافعية وغيرهم في المستعار كونه منتفقا به مع بقاء عينه فلا يعار التقنان ، لأنه لا يتفع بهما الانتفاع المالك إلا بإخراجهما من اليد وإنفاقيهما ، وأما منفعة الترتين بها والضرب على طبعها فمنفعة صعبة ، ويقاس على ذلك المكيل والموزون بحسب عدم بقاء العين وهذا محل اتفاق الفقهاء . ففي تبين الحقائق : عارية الثمين والمكيل والموزون والمنود فرض ، لأن الإعارة إذن في الانتفاع ، ولا يتأني الانتفاع بهذه الأشياء إلا باستهلاك عينها ، ولا يملك الاستهلاك إلا إذا ملكها ، فانقضت تملك عينها ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدنهما ضرراً لكونه يوجب رد المثل . وفي الذخيرة : الشرط الأول للمستعار أن يكون منتفقا به مع بقاءه فلا معنى لإعارة أطعمة ونحوها من المكيلات والموزونات بل ذلك قرض . وعند الشافعية كد جاء في مسمى المحتاج ، ونهاية المحتاج : شرط المستعار كونه منتفقا به مع بقاء عينه ، فلا يعار التقنان إذ منفعة الترتين بها والضرب على طبعها منفعة ضعيفة ومعظم منتفعها في الإغراق والإخراج . وإذا صرح به أو نرى صحت أحد بعض المتأخرين ، فلا يعار المظوم ونحوه فإن الانتفاع به إنما هو بالاستهلاك فانضى المقصود من الإعارة . وجاء في المتن : ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليرن بها فإن استعارها ليضعها فهذا قرض ، ثم قال : إن هذا معنى القرض فاستند القرض كما لو صرح به . انظر كل ذلك في تبين الحقائق (٨٧/٥) ، الذخيرة لقرابي (١٩٨/٦) ، مسمى المحتاج (٢٦٥/٢) ، نهاية المحتاج (٢٤٥/٤) ، المتن مع الشرح الكبير (٣٥٩/٥) . ومن نصور الفقهاء يشد أنه لا عارية للمكيل والموزون وكل ما لا يتنى عينه ، بل إن أعاره مهر قرض ، لأن العرة في العقود يلحقها بالأنفاط ، لأن الانتفاء يحصل ها باستهلاك العين فهو ماف لوصح الماربه ، ولم يحالف في ذلك إلا ما نقل عن بعض متأخري الشافعية . وعند الحابلة في قول يجوز استعارة الدراهم والدنانير ليرن بها ، مستند على ذلك بقول السيوطي : من منح منحة ورق كان له كمدل ورقة . رواء الإمام أحمد في مسنده (١٧٢/٨) . قد نقل

١٦٠٩٨ - قلنا : عارية المكيل والموزون قرض عبر عنه بالعارية^(١)، فله أحكام القرض ، ون عبر عنه بغير عبارته ، كما أن النكاح يتمدد عندنا بلفظ الهبة ، ويكون له أحكام الأنكحة^(٢) لا أحكام الهبات .

= أراد به القرض ههنا . انظر مجمع الزوائد للهيتمي (٨٥/١٠) .

(١) قياس العارية المطلقة على عارية المكيل والموزون في وجهه ضعيف عندهم أنه يصح أن يمار ولكن الصواب أنه عارية مجازاً لا حقيقة . قال السمرقندي : إسمارة المكيل والموزون وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فيه قرض حقيقة ولكن عارية مجازاً ؛ لأنه عارض الانتفاع به باستهلاكه ببدل فكان تملكاً ببدل ، وهو القرض . انظر تحفة المفهاء (٢٨٤/٣) .

(٢) انظر الهداية (١٨٩/١ ، ١٩٠) .



حكم من أعار أرضاً ليعبني فيها أو يغرس

١٦٠٩٩ - قال أصحابنا : إذا أعاره أرضاً ليعبني فيها يغرس فبني وغرس ، وقد أطلق العارية ، فله الرجوع ومطالبته بقلع البناء والغراس ، ولا ضمان عليه .

١٦١٠٠ - وإن وقت العارية فرجع قبل مضي الوقت كان له المطالبة بالقلع ويضمن القصاص . وإن مضت المدة فطالبه بالقلع فليس عليه ضمان . وكذلك الإجارة إذا انتقضت وفي الأرض بناء أو غراس فله المطالبة بالقلع ، ولا ضمان عليه ^(١) .

١٦١٠١ - وقال الشافعي : إذا كانت العارية مطلقة لم يقلع إلا بشرط الضمان . وكذلك إن كانت مؤقتة ، فمضت المدة . وكذلك الإجارة إذا انتقضت لم يلزم المستأجر إلا بشرط الضمان ، إلا أن يكون شرط أنه يَقلِّع بعد مضي المدة ^(٢) .

- (١) الهداية شرح بداية المبتدي (٢٢٢/٣) ، الناية على الهداية (١٨٧/٩) ، المبسوط (١٢١/١١) ، تبين الحقائق (٨٨/٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٣١٤/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٦/٦) ، (٢١٧) . قال الكاساني : إن الملك ثابت للمستعير ملك غير لازم فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً . وعلى هذا إذا استلزم من آخر أرضاً ليعبني عليها أو يغرس فيها ثم بدا للمالك أن يخرجها فله ذلك ، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة ، غير أنها إن كانت مطلقة له أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء ؛ لأن في الترك ضرراً بالمعير ؛ لأنها لا نهاية لها ، وإن قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء . وإن كانت مؤقتة فأخرجها قبل الوقت لم يكن له أن يخرجها ولا يجبر على النقص والقلع ، والمستعير بالخيار ، إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائمتاً سليماً وترك ذلك عليه ، فكان له أن يرجع عليه بالضمان وإن شاء أخذ غرسه وبنائه ولا شيء على صاحب الأرض . عبارة الكاساني أوضح وأدق .
- (٢) كتاب الأم (٢٥٠/٣) ، (٢٥١) ، التهذيب (٣٦٤/١) ، التبيين ص ١١٢ ، النكفة الثانية للمجموع (٢١١/١٤) ، مغني المحتاج (٢٧١/٢) ، نهاية المحتاج (١٣٦/٥) ، حلية العلماء (١٩٦/٥) ، (١٩٨ - ١٤٣٧/٤) ، الوجيز (١٠٤/١) ، (٢٥٠) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٤٧/٢) ، وروضة الطالبين (١٤٧/٤) .
- وذهب المالكية إلى أنه إذا أعاره أرضه ليعبني فيها بيتاً أو يغرس غرساً فغرس أو بني أراد إخراجه فبني ذلك فله ذلك ، بشرط أن يدفع للمستعير ما أنفق ، وكلفه ، على ذلك التبان أو الغرس . وإذا لم يدفع أنعم للمستعير ما أنفق يلزم المخلاف في البناء والغرس حتى يستكمل ما أرادته لأن العادة الشرط ، ومن أعار شجعت أرضه ليعبني فيها أو يغرس إلى مدة مطروحة ثم انتقضت مدة البناء أو الغرس فالمشترط أو العادة فإن المستعير يضمن حكمه حكم العاصب ، فإن شاء رتبها أمره بقلع البناء أو الشجر وتسوية الأرض أو أمره بإبقاء ما صن ، ويبيع له قيمة ذلك مقوضاً . شرح الزرقاني (١٦٦/٦) ، التفرع (٢٦٨/٢) ، الحري (١٢٦/٦) ، بداية

حكم من أعار أرضاً ليني فيها أو يفرس ٣٢٩٣/٧

١٦١٠٢ - لنا : حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المحقة مردودة والعارية مؤدلة ^(١) وهذه عارية فيجب أن تكون مؤدلة في كل حال .

١٦١٠٣ - وهذا لا يكون حتى يرد مواضع البناء والفراس ^(٢) ولأنه لم يوجد غرر ^(٣) من المعير فله أن يطالبه بقلع الشجر من غير ضمان ، أصله إذا شرط في العارية القلع وعكسه إذا طالب بالقلع قبل مضي المدة ^(٤) .

١٦١٠٤ - فإن قيل : لا نسلم أنه لم يفرس ؛ لأن البناء والفرس يراد للتأييد فالظاهر أنه أئد العارية .

١٦١٠٥ - قلنا : العارية لا يصح التأييد فيها وما لا يصح لا يجوز أن يقتضيه العقد ، ولأن الفرس قد يقصد به التأييد وقد لا يقصد فلم نسلم لهم ماذكروه ، ولأنه شغل العارية بما لا غاية لقلعه فيجير على قلعه ، أصله إذا بدل النقصان .

= المجهد (٣١٤/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٩/٣) ، الدخيرة (٢١١/٦ ، ٢١٢) . وعند الحاملي : إذا أطلق للدة في العارية فله أن يتمتع بها ما لم يرجع أو يقضي الوقت ؛ لأنه استباح بالإذن وفيما عدا محل لإذن بقي على أصل التحريم ، فإن كان المأر أرضاً لم يكن له أن يفرس ولا يبي ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع . فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبناؤه ، وحكمه حكم الفاص ، كما تجوز إعاقة الأرض لبناء والفراس وله الرجوع ما لم يضره وبعد وضعه ما لم يبن عليه ؛ لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وذلك ضرر بالمستعير فلا يجوز ، فإن شرط المعير على المستعير قلعه لزم القلع بلا نزاع محالاً ، فإن لم يشترط قلع غرسه أو بناؤه بوقت أو رجوع وأني المستعير قلعه لم يجبر عليه . وللمعير قلعه ، ويضمن نقضه بالقلع ، قال المرادوي : وهو المذهب جماً بين الحنفين . انظر المعنى مع الشرح الكبير (٣٦٤/٥ ، ٣٦٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٤/٢) ، الإنصاف (١٠٦/٦ ، ١٠٧) .

(١) سبق تخرجه الحديث . (٢) انظر الاختيار لتعليل المختار (٣١٤/٢) .

(٣) الفر : الخطر . وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الفر . أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده عن أبي هريرة (٣٧١/٢) ، وعن ابن عمر (١٤٤/٢) ، وعن ابن عباس (٣٠٢/١) ، وأبو داود في سننه كتاب البيوع والإجازات باب بيع الفر (٦٧٢/٣) . وهو ما كان له ظاهر لغير المشري وباطن مجهول . قال الأزهري : بيع الفر ما كان على غير عهدة ولا قعة ، وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول ، كيح السكك في الماء والطير في الهواء . انظر طلبة العتلة ص ٢٩٦ ، لسان العرب (٢٢٣٣/٥) ، المصاحح لمر (٦٠٩/٢) .

(٤) إنه كان وقت له وقتاً عشرين سنة أو نحو ذلك ، ثم أخرجها قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة ماله وعمره . وحجتنا في ذلك أن المعير بالوقتيت يصير غاراً للمستعير ، بخلاف ما إذا أطلق فهلك المأر لم يصير غاراً ولكن المستعير مخر بفسه حتى ظن أنه عطلق العقد بتركها في يده مدة طويلة . انظر المسوط (١٤٢ ، ١٤٣/١١) .

١٦١٠٦ - ولأنه لم يوقت العارية فكان له المطالبة بالقلع من غير ضمان . أصله إذ أطلق ، وإن أذن له في الغراس ^(١) .

١٦١٠٧ - ولأنه استأجر ، فإذا مضت المدة لم يجز أن تأبّد يده فيما استأجر ، كمن استأجر للسكنى ^(٢) .

١٦١٠٨ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق الظالم حق » ^(٣) ، دليله أن عرق غير الظالم له حق ، فوجب أن لا يقطع . فإذا مضت المدة فهو ظالم لنفسه بالغرس في أرض المالك ، فهو عرق ظالم في هذه الحال ^(٤) .

١٦١٠٩ - قالوا : غرس مأذون فيه له بشرط قلعه ، فوجب أن لا يجبر على قلعه على وجه يضر بغراسه ، كما لو أعاره للغراس سنة فطالبه بالقلع قبل مضيتها ^(٥) .

١٦١١٠ - قلنا : هناك لما سعى له المدة ، والظاهر أنه بقي بوعده ، فصار غاراً بذلك ، فلزمه الضمان . فأما إذا مضت المدة فلا غرر ؛ لأنه قدر له مدة الانتفاع ، وعلم أنه قدر له ذلك ليختص العارية به .

١٦١١١ - فإن قيل : إنما قدر المدة حتى لا يتعدى بالغراس بعدها .

١٦١١٢ - قلنا : غلط . الظاهر أن تقدير المدة ليختص الانتفاع بها ، فلا يثبت له

(١) انظر بمناخ الصنائع (٢١٧/٦) .

(٢) إذ المنافع تارة تصير معلومة بالمدة واستحجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة ، فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت . انظر الهداية (٢٣١/٣) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الحراج والإمارة والقيء باب في إحياء الموات (١٧٨/٣) رقم ٢٠٧٣ عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ، وليس لعرق ظالم حق . واللفظ له . وأخرجه الترمذي في سننه ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في إحياء الأرض الموات وقال : حديث حسن عريب . وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب إحياء الموات ، باب ما جاء من أحيا أرضاً ميتة فهي له عن هشام عن أبيه (١٤٣/٦) ، وروي الإمام مالك في الموطأ باب القضاء في الموات عن هشام بن عروة عن أبيه ص ٤٦٣ ، والإمام الشافعي في مسنده كتاب اختلاف مالك وشافعي ٢٢٤ ، سبل السلام (٧٢/٣) .

(٤) شرح منتهي الإرادات (٣٩٤/٢) ، وعبارته : فإن لم يشترط المير على المستعير فلع عرسه أو بانه يوقت أو وجوع وأبي المستعير قلعه لم يجبر عليه لمتهوم حديث : « ليس لعرق ظالم حق » لأنه بيعه بإذن رب الأرض ، ولم يشترط عليه قلعه وعليه فيه ضرر ، بنفس قيمته بذلك .

(٥) انظر المعنى مع الشرح الكبير (٣٦٧/٥) ، وعبارته : ولما أنه لو بنى وغرس بإذن المير من غير شرط القلع لم يلزمه القلع من غير ضمان ، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت .

حتى فيما بعد .

١٦١٣ - قالوا : الظاهر أن الفراس يراد للتأييد ، فحمل إطلاق العقد على ظاهره ، ولم يجوز له الرجوع كما لو أعاره موضعا ليدفن فيه ^(١) .

١٦١٤ - قلنا : عندهم لا فرق بين التوقيت وعدم التوقيت ، فلا معنى للرجوع إلى العادة في التأييد ، فأما الفرس فغير مسلم ، وأما إذا أعاره له - للبناء فتجوز له المطالبة بالنقل من ملكه ، ولو سلمنا فلأن النقل بالتراضي ممنوع منه ، وليس كذلك في مسائلنا ؛ لأنه بالتراضي غير ممنوع منه .

• • •

(١) انظر معي المحتاج (٢٧٠/٢) ، وعبارته للمعبر والمستعير رد العارية متى شاء ، وإن كانت مؤقته والمدة نافية ، إلا إذا كانت العارية لازمة كمن أعار أرضاً لدفن ميت محترم ، وقفل المسحور فلا يرجع المعير في موضع الذي دفن فيه ، وامتنع على المستعير ردها للرؤسها من جهتها ، حتى يدرس أثر المدفون .



رد العارية

١٦١١٥ - قال أصحابنا : إذا رد العارية إلى منزل صاحبها ، كما لو كانت دابة فردها إلى اصطيبه أو إلى عبده أو إلى زوجته كان ذلك ردًا صحيحًا ، ولم يلزمه ضمان ^(١) .

١٦١١٦ - وقال الشافعي : لا يبرأ حتى يردّها إلى يد مالكيها أو وكيله ^(٢) .

١٦١١٧ - لنا : حديث سمره رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تردّه » ^(٣) وهذا قد رد .

(١) البسوط (١٣٩/١١ ، ١٤٠) ، البداية على الهداية (١٩٢/٩) ، تبين الحقائق (٨٩/٥) ، الهداية (٢٢٣/٣) ، وعارته : « إذا استعار دابة فردها إلى اصطيبل مالكيها فهلكت لم يضمن ، وهذا استحسان وفي القياس يضمن ، لأنه ما ردها إلى مالكيها بل ضيعها ، وجه الاستحسان : أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد المراري إلى دار الملاك متباد ، كأنه البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فمالئك يردّها إلى المرطب فصح رده » وقال صاحب الاختيار (٣١٥/٢) : « لو ورد الثوب إلى داره ، ومع من في حياله ، أو عبده ، أو أحميره الخاص برئ » ولم يذكر المصنف حقيقة المذهب كما ذكره غيره من الفقهاء . وبه قال المالكية ، انظر الذخيرة (٢٠٥/٦) ، مواهب الجليل على مختصر الجليل (٢٧٣/٥) ومذهب الحنابلة في ذلك أنه : « إن ردها إلى من جرت العادة بهريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة في ماله ، ورد الدابة إلى سائسها ، فقياس المذهب أنه يبرأ من الضمان ، قاله القاضي ، وقال للمزدني : هنا المذهب وعليه الأصحاب . انظر للمضي مع الشرح الكبير (٣٥٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٨/٢) ، الإنصاف (١١٦/٦) .

(٢) الحاوي الكبير (١٣١/٧) ، حلية العلماء (١٩٣/٥) ، روضة الطالبين (٤٤٦/٤) ، المذهب (٢٧١/١) قال المازدي : « وإذا استعار دابة ثم ردها إلى اصطيبل المير لم يبرأ من ضمانها ، حتى يردّها إلى المير أو إلى وكيله فيها » وقال النووي : قال أصحابنا : الرد الواجب المير أو أن يسلم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك ، فلو رد الدابة إلى الاصطيبل أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه لم يبرأ من الضمان . ويقول الشافعية قال الحنبلة كما جاء في المتن : فإذا كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المير أو وكيله في قبضها يبرأ بذلك من ضمانها . وإن ردها إلى المكان الذي أخذت منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها . للمضي مع الشرح الكبير (٣٥٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٨/٢) ، الإنصاف (١١٦/٦) . ملاحظ أن الحنبلة يوافقون الحنفية في بعض الفروع ، حيث حكموا بالعادة في ذلك ، ويوافقون الشافعية في فروع أخرى . وأجمال الخلاف في ذلك أن الأحناف ذهبوا إلى القول ببراعة المستعير على وجه الاستحسان برد العارية إلى أماكن حفظها في العرف والعادة ؛ لأن العادة محكمة ، وذهب الشافعية إلى أنه لا يبرأ من الضمان حتى يردّها إلى يد مالكيها أو وكيله .

(٣) قد سبق تخريج الحديث والمعنى هكذا : « على اليد ما أخذت حتى تردّه » .

- ١٦١١٨ - فإن قيل : المراد به حتى تُردَّ إلى المالك .
- ١٦١١٩ - قلنا : قد يبرأ بالرد إلى وكيل المالك والمولى عليه .
- ١٦١٢٠ - فإن قالوا : يضمن جميع ذلك .
- ١٦١٢١ - قلنا : فنحن نضمن الرد المعتاد ، وهو أخص مما أضمرتم فكان أولى .
- ١٦١٢٢ - ولأنه رد العارية إلى الموضع الذي يعتاد كونها فيه ، فوجب أن يبرأ من ضمان الرد . أصله إذا رد وهو حاضر ^(١) . ولأنه إذا ردها إلى من جرت العادة بالرد عليه فأنشئ إذا ردها إلى صاحبها ^(٢) .
- ١٦١٢٣ - ولأنه رد العارية إلى من يحفظ به العين في العادة فوجب / أن يبرأ من ضمان الرد . أصله : إذا رد العارية إلى المالك ^(٣) .
- ١٦١٢٤ - احتجوا : بأن ما وجب رده وجب رده على مستحقه ، أو من هو في مقامه بوكالة أو ولاية . ولأنه في منزله . أصله : الرديعة ومال المضاربة والمال الذي في يد الشريك والوصي والمسروق والمغصوب ^(٤) .
- ١٦١٢٥ - قلنا : الرد يعتبر فيه العادة ^(٥) ، والودائع لم تجر العادة بردها إلى البيوت ، وإنما ترد إلى المالك ، والعواري قد جرت العادة بردها إلى منزل صاحبها وبرد الدواب إلى إصطبلها ، فوجب أن تعتبر العادة في كل واحد من الأمرين .
- (١) المبسوط (١٤٠/١١) ، النباة على الهداية (١٩٢/٩) .
- (٢) الهداية (٢٢٣/٣) ، الاختيار (٣١٥/٢) .
- (٣) الهداية (٢٢٣/٣) ، النباة على الهداية (١٩٢/٩) ، المبسوط (١٤٠/١١) ، الاختيار (٣١٥/٢) .
- (٤) شرح منتهى الإرادات (٣٩٨/٢) ، المغني مع الشرح الكبير ٣٥٩/٥ ، وعارته : لنا أنه لم يرد لها إلى مالكا ولا نائبة فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي .
- (٥) العادة في اللغة : مأخوذة من المودة والمعاهدة بمعنى التكرار ، والمادة اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير ذلك سهلا تعاطيه ، كالطبع . قال ابن منظور : العادة : اللذين يهاد إليه ، ومعرفة ، وجميعها عاد وعادات ، والمواد المواظب على أمر . وعند الأصوليين : أنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . وعند الفقهاء : عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطوائف السليمة . أنواعها ثلاثة : العرية العامة كوضع أقدامه ، واليد . والعرية الخاصة لاصطلاح كل طائفة مخصوصة : كالرفع للنحلة والفرق والجمع والقص للظنر . والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها للفرقة بمآنها الشرعية وهذه المسألة مرتبطة بالقاعدة الفقهاء العادة محكمة . وأصل هذه القاعدة هو الحديث المرفوع : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . رواه الحاكم في المستدرک (٧٨/٣) انظر لسان العرب (٣١٥٨/٤) ، المصباح المير (٥٩٧/٢) ، لسان العرب (١٦٠) ، الأشباه والنظائر ص ٩٣ غزير عيون البصائر للحموي (٢٩٥/١) .



إعارة المستعار وإجارته

١٦١٢٦ - قال أصحابنا : إذا استعار جاز أن يعير ، إلا أن يُشترَطَ استيفاءُ المستعير للمنفعة ، والعين مما يختلف باختلاف الاستعمال ^(١) .

١٦١٢٧ - وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز أن يؤجر قولاً واحداً ^(٢) ، وهل له أن يعير ؟ على وجهين ^(٣) .

(١) مذهب الأحناف أن ما كان استعماله يتفاوت بتفاوت المستعمل ، كمن استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه عيره نفسه فهو ضامن ؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الثوب ، وليس القصاب والديع لا يكون كلبس البراز والطار ، فكان هذا تقييداً متيناً في حق صاحب الثوب فإذا ألبسه للمستعير غيره عاب مخالفاً ، وكذلك البداية إذا استعارها يركبها هو ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب ، فرب راكب يروض البداية وآخر يقتلها . فأما إذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن ؛ لأن صاحب الثوب رضي باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقاً ، فسواء لبسه المستعير أو غيره ، لم يكن مخالفاً لما نص عليه المستعير ، وكذلك إذا كان المستعار مما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد ؛ لأن تقيده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كملعه ، وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير . انظر البسوط (١٤٠/١١) ، بدائع الصنائع (٢١٥/٦ ، ٢١٦) ، الهداية (٢٢١/٣) ، البداية عسى الهداية (١٨١/٩) ، الاختيار (٣١٢/٢) ، حاشية ابن عابدين (٥٠٣/٢) ، تبيين الحقائق (٥٨/٥ ، ٥٩) ، رؤوس المسائل ص ٣٤٣ ، وبه قال ابن شاش وابن الحاجب من المالكية ؛ لأن المعير مالت المنفعة غير محجور عليه ، فنصح من للمستعير والمستأجر أن يعيرا . إلا أنهما لو لم يشترطا استيفاء المستعير المنفعة بنفسه فيما لا يختلف باختلاف الاستعمال والركوب ، وقالوا بجوازها مطلقاً ، وبه قال الشافعية في وجه . انظر مواهب الجليل (٢٦٨/٥) ، الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، منهي المحتاج (٢٦٤/٢) .

(٢) هذا محل اتفاق بين جمهور فقهاء المذاهب الأربعة الذين ذهبوا إلى أنه ليس للمعير أن يؤجر المستعار ؛ ففي الهداية : وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فطعن ضمه . وفي شرح الزرقاني : ليس له - المستعير - أن يعير ولا يؤجر . وفي الحاوي : ولم يجز أن يؤجرها ؛ لأن الإجارة لازمة والعارية غير لازمة وفي المتن : وليس له أي للمستعير أن يؤجره ؛ لأنه لا يملك الشائع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً . انظر الهداية (٢٢١/٣) ، البداية (١٨١/٩) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) ، شرح الزرقاني (١٢٧/١) ، الحاوي (١٢٧/٢) ، المجموع (٢٠٩/١٤) ، المتن مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٦/٢) . وبلا حظ أن الإمام القنطوري لم يتعرض إلى إجارة المستعار في المذهب الحنفي ولكن الاتفاق بد الأربعة الأربعة على عدم الجوار .

(٣) قال القنطوري : وفي جواز إعارتها وجهان : أحدهما : يجوز أن يعير كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ، والوجه الثاني : لا يجوز أن يعير وهو الصحيح . انظر الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، حلية السالك (١٩٥/٥) ، *

١٦١٢٨ - لما : أن التبرع في حال الحياة تارة يقع بالأعيان وتارة بالمنافع ، فإذا كان من يتبرع عليه معين وجاز له أن يتنفع بها بنفسه حاز أن ينقل الانتفاع إلى غيره ، كذلك إذا تبرع عليه بالمنفعة .

١٦١٢٩ - ولأن التبرع بالمنفعة تارة يكون في الحياة وتارة بعد الموت بالوصية ، ثم حاز للموصى له بالمنفعة أن يعير ، كذلك المستعير . ولأنه عقد يدخله التوقيت فحاز أن يقل العقود له إلى غيره ، كالإجارة .

١٦١٣٠ - ولأن الأعيان يصح تملكها كالمنافع ، ثم كان التبرع بالأعيان في حال الحياة تارة لإباحة وتارة تملكها ، كذلك المنافع ^(١) .

١٦١٣١ - احتجوا : بأنه تبرع لم يتصل بالقبض كالهبة التي لم تقبض .

١٦١٣٢ - قلنا : قبض العين التي تستوفي المنفعة عند مخالفا قبض لمنافعها فلم يصح هذا الكلام على أصله . فأما على أصلنا فإن قبض العين ثبت لجواز التصرف في المنافع بدلالة المستأجر .

١٦١٣٣ - قالوا : أما بالانتفاع على الصفة فلم يجوز له أن يبيع لغيره ، لأن ذلك استيفاء على غير الوجه الذي أثبت له ^(٢) .

١٦١٣٤ - قلنا : إذا أطلق العارية ولم يقل : إن تركت أنت فقد أباحه مطلقاً فلم يكن في ذلك استيفاء ماله بوجه ، فأما إن أعير وكوبه فليس له أن يعير . ثم هذا تحليل وليس بإباحة . الدليل عليه : أن هذا العقد مختلف في تعلق الصحابة به ، ولو كان لإباحة لم يصح ذلك فيه .

= معنى المحتاج (٢٦٤/٥) ، المهذب (٣٧١/١) ، وبوجه الصحيح عند الشافعية قال المالكية في الأظهر وحاشية قولاً واحداً . ففي بداية المجتهد : الأظهر أنها لا تصح من المستعير أن يعيرها . وفي شرح الرقائني : أن ليس له أن يعير . وفي المغني : وليس للمستعير أن يعير ما استأمره لغيره . انظر بداية المجتهد (٣١٢/٢) ، شرح الرقائني (١٢٧/٦) ، الصريح (٢٦٩/٢) ، مواهب الجليل (٢٦٨/٥) ، المعني مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، شرح منتهي الإرادات (٣٩٦/٢) .

(١) المبسوط (١٤٠/١١) ، وعبارته : إن المستعير مالك للانتفاع بالعين ، فملكه أن يعيره من غيره كالتبرع والوصى له بالمنفعة .

(٢) الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، معنى المحتاج (٢٦٤/٢) ، المعني مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، قال ابن فدامة : إن العارية لإباحة المنفعة ، فلم يجوز أن يبيعها غيره . كإباحة الطعام . وشارك الإجارة . لأنها ملك الانتفاع على كل وجه ، فملك أن يملكها ، وفي العارية لم يملكها ، إنما ملك استياعها على وجه ما أذن له ، =

١٦١٣٥ - ولأنه إذا ذكر فيه عوضاً كان تمليكاً . وكذلك إذا كان بغير عوض .
ولأن العارية إذا علققت بالأعيان التي لا منافع لها كانت قرضاً . فلولاً أن مقتضاها
التحريك لم تملك بمقدار الأعيان .

١٦١٣٦ - ولأن عند مخالفتنا يستحق لها اليد على التأييد ^(١) ؛ فلو كانت إباحة لم
تأيد اليد فيها . ولأن مطلق العارية يجوز أن ينقل به العين إلى حيث شاء ؛ فلو كانت
إباحة لم يجوز النقل بالإطلاق ، كمن أباح لغيره أكل طعامه .

١٦١٣٧ - فإن قيل : لو كان تمليكاً لجاز له أن يؤجرها ^(٢) .

١٦١٣٨ - قلنا : إنها لا تجوز ؛ لأنه يؤدي إلى قطع حق الشئير عنها ، وهو يملك
على أن ينقطع حقه متى شاء أن يرجعها .

= فأنشبه من أبيع له أكل الطعام .

(١) العارية عند الشافعية عقد إرفاق ومعونة ، وهي لهذا عقد جائز غير لازم إلا في مواضع الضرورة ، كما إذا
أعار أرضاً لدنس الميت فلا يرجع حتى يدرس أثر المدفون . ولو أعار أرضاً للزرع فلا يرجع قبل انتهائه ، ومنها لو
أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوبه ليستتر به أو لغيره في مكان نجس ففعل ، وكان الرجوع فيه مؤثماً إلى بطلان
الصلاة . ومنها لو استعار سلاحاً ليدفع به عما يجب الدفع عنه . ومنها ما إذا استعار ما يدفع به أذى الحر والبرد
المهلكين ، ومنها ما ينجي به من الغرق ، ويطعم به الحرق ، ويقاس ما في مناه . انظر الخلوي (١٨٠/٧) ،
منه المحتاج (٢٧/٢) .

(٢) النية على الهبة (١٦٩/٩) . قال صاحب النية : « لا يملك للمستعير إجازة ما استعاره ، ولو كان
تمليكاً جاز له ذلك ، كما يجوز للمستأجر أن يؤجره لشخصه للمنافع » . ويضج عليه أن القياس على الإجازة لا
يصح ؛ لأنها تمليك للمستعير من كل وجه ، وأما للمستعير فليس له الانتفاع إلا على الوجه المأذون له فيه ، بل إن
العارية إباحة الخصة ، فليس له أن يبيعها غيره ، فأنشبهت إباحة الطعام للصيف فله أن يأكل منه ، وليس له أن
يعطي أحداً منه شيئاً .

مَوْسُوعَةٌ
الْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ الْمَقَامَاتُ
الْمُسَمَّاةُ
الْجَزْءُ الثَّانِي

كتاب الغصب



خرق الثوب

١٦١٣٩ - قال أصحابنا : إذا خرق ثوباً لغيره خرقاً كبيراً^(١) فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الثوب ، ويسلم إليه الثوب ، وإن شاء أمسكه وضمنه نقصان^(٢) . وإن ذبح شاة فهي مثله في رواية الأصل^(٣) .

١٦١٤٠ - وروى الحسن^(٤) عن أبي حنيفة في الشاة إذا ذبحها [إن شاء]^(٥)

(١) الحرق الكبير أو الفاحش ضد اليسير . قيل : ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش ، وما دونه يسير . وقيل الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستبراء الهالك والقائم ، فيحرق المالك بين أن يبيل إلى الهالك أو إلى القائم . والصحيح : أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنى المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل في نقصان المنفعة . انظر تبيين الحقائق (٢٢٩/٥) وحاشية الشلبي عليه ، مجمع الأنهر (٤٦٢/٢) ، بدر المنقبي في حاشيته ، الهداية (١٧/٤) .

(٢) انظر الهداية (١٦/٤ - ١٧) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) ، المبسوط (٨٦/١١) ، بدائع الصالح (١٥٨/٧) وعبرة السرخسي : لو اعتصب ثوباً فخرقه ، فإن كان خرقاً صغيراً ضمن الغاصب النقصان فقط ، وأخذ صاحب الثوب ثوبه ، لأن العين قائمة من كل وجه فهذا القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحاً ، لما كان صالحاً قبله وإنما يتمكن في قيمته نقصان فيضمن ذلك النقصان . وإن كان الخرق كبيراً وقد أسد الثوب فصاحبه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه ، لأنه مستهلك من كل وجه ، فإنه لا يصلح بعد هذا الخرق لجميع ما كان صالحاً قبله . وإن شاء أخذ الثوب لكونه قائماً حقيقة ، وضمنه ما نقصه قبل الغاصب . (٣) هنا في ظاهر الرواية ، لأن الذبح استهلاك من وجه ، فإنه يفوت به بعض ما كان مقصوداً من السل واللين ، فلصاحبه أن يضمنه قيمتها إن شاء وإن شاء ، أخذ للذبح مسبوهاً كان أو غير مسلوخ ، وضمن الغاصب النقصان . انظر المبسوط (٨٦/١١) ، البدائع (١٥٨/٧) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) .

(٤) هو الإمام أبو علي الحسن بن وهب الأنصاري اللؤلؤي الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة العماني . ذكر السعدي وغيره أن اللؤلؤي نسبة إلى بيع اللؤلؤ . وقد اشتهر برواية الحديث حتى كاد يقول : كتبت عن ابن جبريل أبي عشر ألف حديث ، كلها يحتاج إليها الفقهاء ، ولي القضاء بالكوفة بعد حفص بن غياث سنة ١٩٤ هـ ثم استعفى ، وكان محباً للسنة ، وقد أخذ عنه محمد بن ساعدة ومحمد بن شجاع الثلجي ، وعلي لمرزوقي وعمر بن مهران والدا الخصاف القاضي . من تصانيفه كتاب الجرد لأي حنيفة بروايته ، وكتاب أدب القاضي والأماشي وكتاب الفرائض وكتاب الرضايا وغيرها . توفي سنة ٢٠٤ هـ . المعتمد البهية ص ٦٠ - ٦١ ، المهرست لابن النديم ص ٢٨٨ وسير أعلام النبلاء (٥٤٣/٩ - ٥٤٥) ، السير (٢٧/١) لب الباب للسيوطي ص ٢٣١ ، واللباب في تهذيب الأنساب (١٣٦/٣) .

(٥) ما بين المتكوفين ساقط من (ع) .

ضمينه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء أخذها ولا شيء له ^(١) .

١٦١٤١ - وقال الشافعي : يضمه القيمة ولا يضمه النقصان ^(٢) .

(١) المبسوط (٨٦/١) ، الدائع (١٥٨/٧) ، تبين الحقائق (٢٢٨/٥) ففي تبين الحقائق « روي الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمه النقصان إذا أخذ اللحم ؛ لأن الذبح والسلع زيادة فيها ، لا طلاء إحداث الموت حذف أنفها ، وأمكن الانتفاع بلحمها يبين . وقال السرخسي : ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح ؛ لأنه زيادة من حيث الثوب إلى الانتفاع باللحم ، ولكنه نقصان بتقويت مائر الأغراض من الحيوان ولأجله بنت الحمار ، فكان هذا والقطع في الثوب سواء ، يضمه النقصان إن شاء . وهو رواية عن الحنفية انظر المعنى مع الشرح الكبير (٣٨٥/٥) والمدع (٨٣/٥) . وقال المالكية : للمالك الحمار بين أخذ قيمته يوم العصب وبين أخذه ناقصاً وأخذ ما نقصت قيمته ولا أُرش له ؛ ففي حاشية الدسوقي : « أن الذبح ليس بتقوت ، ولربما الحمار بين أخذ قيمته ، وأخذها مذبوحة من غير أن يأخذ معها ما نقصه الذبح ، كما هو قول ابن القاسم في سماع يحيى . وقيل : إنه يخير بين أخذ قيمته ، وأخذها مذبوحة مع ما نقصه الذبح . وهو قول ابن مسلمة ، قال ابن ناجي : هو بعيد عن أصول المذهب ، ولكنهم فرقوا بين النقصان الناتج عن فعل الغاصب ، أو النقصان الذي يكون من السماء ، فقالوا : النقصان الذي يكون بأمر من السماء ليس إلا أن يأخذ ناقصاً ، أو يضمه قيمته يوم العصب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمعصوب منه مخير في المذهب بين أن يضمه القيمة يوم العصب ، أو يأخذها وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم ، وعند سحر بن مائة يوم العصب . وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمه القيمة ، أو يأخذها ناقصاً ولا شيء له في الجناية ، كالذي يصاب بأمر من السماء . وإليه ذهب ابن مازز . والمصنف : أنه إما أن يأخذ القيمة أو يأخذ الشيء المذبح أو الناقص بدون قيمة . انظر بداية المجتهد (٣١٧/٢ - ٣١٨) والحري (١٣٢/٦) وحاشية الدسوقي (٤٤٤/٣) .

(٢) قال الماوردي : للمعصوب ثلاثة أحوال : أحدها : أن يكون باقياً . والثاني : أن يكون تالفاً . والثالث : أن يكون ناقصاً . ففي على خريين ، الأول : أن يكون حيواناً والثاني أن يكون غير حيوان ، فإن كان غير حيوان فالنقص على خريين الأول : أن يكون متميزاً كالخنزيرة يتلف بعضها ، فيكون صامعاً للنقص بالمثل ، إذا كان ذا مثل وبالقائمة إذا لم يكن ذا مثل ، ويورد الباقي بعينه . الثاني : أن يكون النقص غير متميز كعرب شفه أو إزاء كسره ، فإن كان النقص أكثر منافعه ، ذهب الشافعي أنه يأخذها ، وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوي مائة درهم ، فصار بعد النقص يساوي درهمها أخذته وتسعة وتسعين درهمها . وهكذا لو فرق ثوب وترضى الإناء حتى لم يبق لهما ، قيمة أخذ قيمتهما كاملة وأخذ المروض والمرق ، ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة . انظر الخواص (١٣٦/٧ - ١٣٨) . ويبدو من هذا أن مذهب الشافعية ، خلافاً لما نقله المصنف ، هو رد العين المعصوبة وأرشد ما نقصه الغاصب . وفي المهذب كذلك (٣٦٩/١) أنه إن « نقص المعصوب نقصاً نقص به القيمة نظرت ، وإن كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون ناقصاً مستقراً أو غير مستقر ، فإن كان مستقراً بأن كان ثوباً فخرق ، أو إزاء فانكسر ، أو شاة فذبحت ، أو طعناً فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرشد ما نقص ، لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة ، فوجب ضمانه كالتعويض الطعام والدرع من الثوب . فإن ترك المعصوب منه المعصوب على الغاصب ، وطالبه بدهله لم يكن له ذلك . »

١٦١٤٢ - لنا : حديث ابن عمر [رضي الله عنه] (١) أن النبي ﷺ قال : من كان له شريك في عبد أو أمة فأعتق نصيبه فإن عليه عتق ما بقي من حصص شركائه من العبد يقوم عليه قيمة عدل (٢).

١٦١٤٣ - فحكم عليه الصلاة والسلام ببقاء (٣) ملك الشريك وأوجب على المعتق جميع قيمته (٤) نصيب شريكه ؛ لأنه أنلف أعظم منافع ملكه .

١٦١٤٤ - وذكر الحسن بن زياد عن محمد بن الحسن : أن دهقاناً فقاً عين فرس لعروة البارقي (٥) فكتب بذلك إلى عمر رضي الله عنه وكتب عمر إلى سعد (٦) أن يقرم الفرس صاحبها فإن شاء الدهقان فليأخذه ويعطى قيمته وإن شاء فليقطع عروة ربع ثمنه (٧).

= وقال في موضع آخر (٢١١/١) : فإذا غصب حنطة فطحنها ، أو ثوباً فقصره أو غاطه ، أو طيناً فصره لبناً أو شاة فدبحها وشراها ، لم يملك شيئاً من ذلك بل يرد على حاله ، وأرض البص إن نقص . انظر أيضاً الوجيز للبرقي (٢١٠/١) ، روضة الطالبين (٣٢٥ - ٣٣) . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية في رواية أخرى . قل ابن قدامة : إن على الغاصب ضمان نقص الأرض ، إن كان نقصه الفرس أو نقصت بعيره ، وهكذا كل عين مضمومة على الغاصب ضمان نقصها ، وإن كان نقصاً مستقراً ، كنوب تخرق وإناء تكسر ، وطعام سوس وإناء غرب وسحوه بأنه يردده وأرض النقصان . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٨٥/٥) ، البلع (١٨٣/٥ - ١٨٤) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) . (١) ما بين المكونين ساقط عن (ص) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٧/١٠) كتاب العتق ، باب من أعتق شركاً في عبد وهو مسر ، عن ابن عمر رضي الله عنه . أخرجه الدارقطني في مسنه (١٢٣/٤) كتاب المكاتب عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ من كان له شريك في عبد أو أمة فأعتق نصيبه فإن عليه عتق ما بقي من العبد والأمة من حصص شركائه ، يقوم قيمة عدل ، وإذني إلى شركائه قيمة حصصهم ، ويعتق العبد والأمة في مال المعتق بقيمة حصص شركائه .

(٣) في (ع) ، (م) : [مقام] . (٤) في (ع) ، (م) : [جميع قيمته] .

(٥) هو عروة بن أبي جهم البارقي الأزدي ، سكن الكوفة ، روى عن النبي ﷺ وعن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص . وروى عنه الشعبي وسماك بن حرب وشيب بن غرقدة والسبيعي ، وكان مريضاً في موضع الجانب الشرقي من بغداد . وقال شيب بن غرقدة : رأيت في دار عروة بن الجهم سبعين فرساً مربوطة للجهاد في سبيل الله ، استعمله عمر على قضاء الكوفة ، وضم إليه سليمان بن ربيعة قبل شرح القاضي . وهو أول من قضى على الكوفة . انظر ترجمته في الاستيعاب (١٠٦٥/٣) ، أسد الغابة (٥٢٤/٣) ونهذب التهذيب لأبي حجر (١٦١/٧) .

(٦) هو سعد بن أبي وقاص سقت ترجمته .

(٧) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٥/٣) قال : ورواه الديلماني في كتاب الخيل من حديث عروة البارقي ، قال : كانت في أفراس ، فيها فحل شراء عشرون ألف درهم فقاً عبته دهقان ، فأبت عمر فكتب إلى سعد بن أبي وقاص : أن غير الدهقان بين أن يعطيه عشرين ألف درهم ويأخذ الفرس ، وبين أن يدفع ربع الثمن .

وهذا منه لم يذكره أحد .

١٦١٤٥ - ولأنه أُلِّف عليه المنفعة المقصودة من العين ، فكان له أن يضمه فبر جميع ^(١) قيمته . أصله إذا قطع يدي عبد [ضمن] ^(٢) القيمة ^(٣) .

١٦١٤٦ - وذكر الطحاوي في الخلاف : وأنه لا يضمه ^(٤) ، فعلى هذا نقول تنم بعض منافعه ولم يتلف جميعها .

١٦١٤٧ - ولأن كل عين لو أُلِّفها وجب عليه بدلها ، جاز أن يجب قدر ذلك البديل بالجنابة عليها مع بقاء عينها ، أصله إذا غصب طعاماً فأكله أو شرباً وعسلًا فاتخذة خبيصاً . ولأنه بالذبح فوت الروح فجاز تضمينه جميع القيمة كما لو قتل .

١٦١٤٨ - فإن قيل : هناك قد أُلِّف جميع منافعها ^(٥) .

١٦١٤٩ - قلنا [(١)] : لم نسلم ، لأنه بقي الجلد والشعر والعظم . ولأن العين مضمونة في يد الغاصب بدلها ، فجاز أن يثبت للمالكها المطالبة ببديلها لأجل نقصانها كالمبيع في يد البائع إذا حدث به عيب .

١٦١٥٠ - فإن قيل : هناك ثبت الخيار بالعيب اليسير .

١٦١٥١ - قلنا : لأن المشتري يستدرك [فائدة] ^(٦) في المطالبة بالقيمة عند حدوث العيب الكبير ، وهو أخذ الثمن ، وفي الغصب لا يستدرك في المطالبة بالقيمة عند حدوث العيب اليسير فائدة ، لأن أرش العيب يدخل بين تقويم المقومين ، والعيب الكبير ^(٧) لا يدخل بين تقويم المقومين فيختص استدراك الفائدة فيه ، وكذلك ثبت الخيار . وإن شئت

(١) في (ع) : [جمع] .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ص) ، (ع) والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٣) في (ص) : [العبد] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) : [أي ضمن قيمة العبد] .

(٤) قال أبو جعفر الطحاوي : الحرق الكبير المفسد يطل عليه منافعه واليسير لا يطلها فله نصيبه في الكبير . إلا أنهم قالوا : لو قطع يد عبد لم يضمن جميع القيمة مع بطلان عامة منافعه فيطل الاعتبار الذي ذكرناه انظر مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) .

(٥) وفي المتن مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) ولأنها جناية تنقص فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها ، وفي نسخة تلف جميعها ، لأن الاعتبار في الإلتاف في الجني عليه لا يفرض صاحبها ، لأن هذا إن لم يصح لهذا صلح نعو

(٦) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٧) كلمة فائدة ساقطة من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٨) وفي نسخة (ص) : [الكثير] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

حملت أصل العلة المهر في يد الزوج ، فلا تسلم المعاوضة لأنه لا يرد بالعيب اليسير
١٦١٥٢ - قالوا : البائع ضمن للمشتري سلامة المبيع من العيوب ؛ ولهذا يرد عليه
بالعيب الموجود قبل البيع ، والغاصب لم يضمن سلامة العين من العيوب ، ولهذا لا
يثبت لمالك الخيار بعده ، كما قبل الغصب .

١٦١٥٣ - قلنا ^(١) : البائع لم يضمن السلامة ، ولذلك اقتضى كون العيوب من
ضمانه ، كما اقتضى كونها من ضمان الغاصب فلا فرق بينهما ، إلا أن العيب الحادث
قبل الغصب كان في يد المالك فلا يثبت لأجده خيار له ، وفي البيع كان في يد البائع ،
فيثبت الخيار لغيره . وهذا غير ممنوع .

١٦١٥٤ - احتجوا : بأنه أتلف جزءاً معيناً بجناية استقر أرشها فوجب أن لا يجب
على الجاني إلا أرشها ، أصله الجناية اليسيرة ^(٢) .

١٦١٥٥ - وقولهم : جزءاً معيناً احتراز من غصب عبد وفقه ^(٣) [عين] ^(٤)
عده ^(٥) لأن التالف بالنار جزء غير معين ^(٦) .

١٦١٥٦ - وقولهم : بجناية استقر أرشها - احتراز من الطعام إذا أكله ؛ لأن الجناية
لم تستقر ^(٧) .

١٦١٥٧ - الجواب : أن إتلاف الجزء المعين وغير المعين يتساويان في الضمان
وكذلك في إيجاب الضمان ، وكذلك في كفيته .

١٦١٥٨ - فأما قولهم : بجناية استقر أرشها فلا يصح ، لأن ما استقر من الجنايات
قرأ ولم يستقر سواء ^(٨) .

١٦١٥٩ - ألا ترى أن العيب في الطعام يجوز ببدل ، فسقط الضمان ، فإذا ثبت له

(١) في (ع) ، (م) : [قلنا بإضافة الفاء] .

(٢) انظر لمسي مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) وعبارته : لنا أنها جناية على مال أرشها دون قبته ، فلم يملك
الطالبة بجميع ثمنه ، كما لو كان الشئ يسيراً .

(٣) في (ع) ، (م) : [وقتنا] .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) عبده بدلاً من « بقده » في غير (م) .

(٦) في (ع) : [جزءاً معيناً] وفي (م) : [جزءاً معيناً يحذف غير في كليهما] ، والصواب ما اقتضاه .

(٧) كل ذلك شرح وتوضيح من قبل الإمام القنوري على الدليل قبل الرد عليه .

(٨) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ لعل السباق يقتضيه .

المطالبة بجميع البذل في جناية لم تستقر فقيماً استقر أولى .
١٦١٦٠ - وأصلهم الجناية اليسيرة ، والمعنى فيها أن أرشها يجوز أن يدخل بين تقريبه المقومين فلا ينتقل استدراك الحق بالمطالبة بالبذل .

١٦١٦١ - وهذا لا يوجد في العيب الكبير ؛ لأنه لا يدخل بين تقويم المقومين فينبغي أنه يستدرك حقاً بأخذ البذل ، فكذلك ثبت له المطالبة . ولهذا المعنى قلنا : يرد الميع بالعيب اليسير ، ولا يرد المهر به .

١٦١٦٢ - قالوا : جناية على بهيمة أو حيوان فلا يجب على الجاني إلا أرض ما جنى . أصله : إذا قطع يد حر ، وإذا قلع عين دابة ^(١) .

١٦١٦٣ - قلنا : المعتق لنصيبه ^(٢) من العبد جنى على ملكه ، وضمن نصيب شريكه ، ولم يجب عليه ، ولأنه إذا ذبح الشاة فقد جنى على جميعها ؛ لأنه أبطل أكثر المقصود منها ، فلم يضمنه إلا ما جنى عليه .

١٦١٦٤ - فأما إذا قطع يد الحر فلائنه غير مضمون باليد ، وإنما يضمن بالإتلاف ، فعالم يتلف لم يضمن ، والقصب مضمون باليد فيجوز أن يضمن قيمته ^(٣) ما لم يتلف إذا دخله نقص ، وأما غير الدابة فغير مسلم على ما قاله الشيخ أبو عبد الله [رحمة الله عليه] ^(٤) .

• • •

(١) الحاروي الكبير (١٤٠/٧) وصارته : « فإن كان بهيمة فإنه يرد بها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة وبالقصة ، وسواء كان النقص بحياة أو حادثة ، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در » .

(٢) في (ص) ، (م) : [نفسه بدلاً عن نصيبه] .

(٣) في (ص) : [رسته] وفي (ع) : [العبارة غير واضحة] وفي (م) : [غير موجودة أصلاً] لعل الصواب ما أثبتناه لأن السابق يقتضيه .

(٤) سبق ترجمته في المسألة رقم (٧٩٠) . فقد ذكر الماوردي أدلة أخرى نذكرها إجمالاً للفائدة فقال : دليلنا : قوله تعالى : ﴿ كَسَىٰ اٰنۡتَنَ نَعِيۡتَكُمۡ فَاَتَعۡتَبُوۡا عَلَيۡهِۦمۡ اِلَّا مَا اَنۡفَقۡتُمۡ عَلَيۡهِمۡ ﴾ من الآية ١٩٤ من سورة البقرة فإن اعتدى باستهلاك المحض لم يجوز أن يعتدى عليه باستهلاك الكل ، ولأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أقله لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياساً على النفس المميز ، ولأن ما لم يكن يتميز بمضنه موجبا لغرم لم يكن عدم تمييزه موجبا لغرم جميعه قياساً على النقص الأقل . انظر الحاروي الكبير (١٣٩/٧) .

حكم قطع يدي العبد

- ١٦١٦٥ - قال أبو حنيفة رحمته : إذا قطع يدي عبد فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه جميع القيمة وسلم العبد إليه ، وإن شاء أمسك العبد ولا شيء له ^(١) .
- ١٦١٦٦ - وقال الشافعي رحمته : يمسك العبد ويأخذ جميع قيمته ^(٢) .
- ١٦١٦٧ - لنا : أنها جناية على مملوك يصح تملكه ، فلم يسلم للمالك بها جميع القيمة مع بقاء المجني على ملكه كالثوب ^(٣) .
- ١٦١٦٨ - ولا يلزم إذا قطع يدي شذير ^(٤) ، لأنه يضمن ما نقص ، ولا يلزم إذا غصبه فأبق منه ، لأن الغصب لا يقال : إنه حناية في الإطلاق ولأنه مملوك لا يصح تملكه .

(١) الهداية (٢١١/٤ - ٢١٢) ، البناية على الهداية (٣٠٥/١٠ - ٣٠٦) ، بدائع الصنائع (٤١٧/٩) ، مجمع لأمر (٦٦٢/٢) وعبارة الرمحشري : « إذا غصب عبداً ثم فقا عينه أو قطع يديه يلزمه تمام القيمة ، وإذا أدى قيمته بصير العبد مملوكاً للمصاحب عندنا » . وفي مجمع الأنهر : « وفي يد الرقيق نصف القيمة كما أن في يد الحر نصف دية قال الإمام : إن شاء المولى دفعه إليه وأخذ قيمته ، وإن شاء تركه » . وبلاحظ أن الإمام القدوري ذكر رأي الإمام أبي حنيفة رحمته فقط ، ولم يتعرض لرأي المصاحبين في هذه المسألة وفي الهداية إشارة لذلك ، ففيها : « ومن فقا عين عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من نقصان عند الإمام » . وقال المصاحبان : « إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته » . ويقول الإمام أبي حنيفة قال المالكية : فقد جاء في الذخيرة : « إن قطع يدي العبد أو رجله فليس له الخيار في تسليم العبد وأخذ القيمة » . أو يمسك العبد ولا شيء له » . انظر كتاب الذخيرة للترقي (٢٩٢/٨) .

(٢) انظر الخواص الكبير (١٤١/٧) ، روضة الطالبين (٣٢/٥) ، الوجيز (٢٠٧/١ - ٢٠٨) ويقول الشعبي قالت المجنبلة . جاء في المعني مع الشرح الكبر . إذا غصب عبداً ، وقطع خصيته أو يده أو ذكره أو ساه أو ما يجب فيه الفدية من الحر لزمه رده ودية قيمته كلها نص عليه أسعد » . انظر المعني مع الشرح الكبر (٣٨٩/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٧/٢) ، المبدع (١٦٤/٥) .

(٣) في (ج) ، (م) : [بالثوب] .

(٤) للتبر : هو الذي أعتق عن دبر أي بعد موت المولى وهو الذي قيل له أنت حر بعد موتي أو إذا مت فأنت حر للمر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، لأنه ملك نفسه من وجه . انظر لسان العرب (١٣٢١/٢) مادة حر وظلة الطلبة ص ١٠٧ و ١٦١ والبناية على الهداية (٣٠٧/١٠) .

١٦١٦٩ - ولأنه معنى يجب به جميع قيمة المملوك القرن ^(١) فيجب تسليمه إذ سلمت القيمة له . أصله إذا وطئ جارية / ابنه وادعى حملها .

١٦١٧٠ - فإن قيل : هناك القيمة بدل العين ^(٢) .

١٦١٧١ - [قلنا] ^(٣) : لم نسلم ، لأن في الموضعين القيمة بدل عن الرقية عدنا .

١٦١٧٢ - فإن قيل : ضمان الإحبال لو حصل من جزء من الرقية اقتضى نقل الملك من ذلك الحر في بدل الجارية المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين ، فكذلك إذا حصل في جميعها ، وضمن الجناية لو حصل في إحدى اليدين لم ينتقل شيء من الرقية ، كذلك إذا حصل في جميعها .

١٦١٧٣ - قلنا : الاستيلاء في الجارية المشتركة دليلها ، لأنه ضمان بدل جميع ما هو على ملك الغير ، فهو كمسألتنا .

١٦١٧٤ - فأما الجناية على إحدى اليدين فليست بسبب لضمان جميع ما هو على ملك الجاني ، فصار كضمان العقد في الوطء فلا ينقل به شيء من الرقية ، وإن شئت قلت : إنه سبب يضمن به جميع ما هو على ملك الغير الذي يصح تمليكك فصار كوطء أحد الشريكين إذا ادعى الولد .

١٦١٧٥ - ولأن قدر قيمة العبد إذا وجب بالجناية أوجب زوال الملك عن الرقية كالقتل .

١٦١٧٦ - ولأن كل عين لو أتلفها ضمن بدلها ، فإذا استوفى قدر بدلها بالجناية وهي مما يملك وجب تسليمها إليه . أصله إذا خلط الزيت بالأرز .

١٦١٧٧ - ولأن ملك المولى من العبد مقدار قيمته ، بدلالة أنه لو كان للتجارة لم يجب أكثر من ذلك ، فلو ضمنه جميع القيمة وأبقيناه ^(٤) على ملكه زاد ملكه بالجناية ، والجناية ليست من أسباب زيادة الأموال .

(١) لقن : الرقيق الذي لم يتخذ له سبب عتق . وجاء في الصباح : القرن : العبد إذا ثلث هو وأبوه ، يستوي فيه الثمان والجمع والزوت ، ويجمع على أقة وقيل هو المملوك كلاً . انظر الصباح المنير (٢٩٨/١) والصباح للحموري (٢١٨٤/٦) وأنيس الفقهاء للقاسم القنوي ص ١٥٢ وطلحة الطلبة ص ١٠٧ .

(٢) في (ع) ، (م) : [الدين] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساكن من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه .

(٤) في (ع) ، (م) : [معناه] .

١٦١٧٨ - ولأن القيمة [بدل عن الرقبة ، بدلالة أن المملوكات لا يحوز أن يكون جميع قيمتها بدلاً عن أجزائها التامة ، لأن القيمة] ^(١) لو كانت بدلاً عن اليدين لوجب بإتلاف الرقبة جميع القيمة كالحر إذا قطعت يدها ^(٢) .

١٦١٧٩ - ولما كانت الذمة في مقابلة الدين لم ينتقص بدل النفس بالقتل ، وإذا ثبت أنها بدل [من] ^(٣) اليدين ، فلو استوفى القيمة ولم يسلم العبد اجتمع في ملكه العرض والمعرض فيما يصح تملكه بالعقود ، وهذا لا يصح كالمبيع والثمن .

١٦١٨٠ - ولا يلزم إذا شرط تعجيل الأجرة في الإجارة ففعلها ؛ لأن المنافع ليست على ملك المؤجر .

١٦١٨١ - فإذا حدثت ملكها المستأجر فلم يجتمع على ملك المؤجر البذل والمبدل .

١٦١٨٢ - ولا يلزم إذا جنى العبد في يد الغاصب ^(٤) ثم رده على مولاه فجنى ، فذمعه المولى بالجنايتين ، ويرجع على الغاصب بنصف قيمته إن كان ولي الجناية الأولى يأخذ نصف القيمة [وهو بدل عن النصف الذي سلم إليه فيجتمعه له البذل والمبدل ؛ وذلك لأن المولى يأخذ نصف القيمة] ^(٥) من الغاصب بدلاً عن نصف العبد ، وقد خرج ذلك عن ملكه ثم يأخذه ولي الجناية الأولى بدلاً عما سقط حقه عنه من رقبة العبد بالمزاومة ، وأما أن يأخذه بدلاً عما يسلمه فلا ، فإذا لم يجتمع له البذل والمبدل .

١٦١٨٣ - احتجوا : بأنها جناية على ملك ، فوجب أن لا يكون من شرط أخذ أرضها تسليم المجني عليه ، كما لو كان أرضها دون قيمة الملك ^(٦) .

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) انظر مجمع الأنهر (٦٧٢/٢) .

(٣) في جميع السبع يظهر أنه حر والبقا يقتضي أن يكون من .

(٤) في الهداية (٢١٤/٤) : « ومن غصب عبداً فجنى في يده ، ثم رده فجنى جناية أخرى ، فإن المولى يلزم إلى ولي الجنايتين ، ثم يرجع إلى الغاصب بنصف القيمة ، فيذمه إلى الأول ، ويرجع به على الغاصب . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يرجع بنصف القيمة فيسلم له » .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤١/٧) وعبارته « ودليلاً من وجهين : أحدهما . أن الجاني لا يملك لعبد بعبأته والثاني : أنها قد توجب أكثر من قيمته . أما الدلالة على أن الجاني لا يملك العبد بعبأته فهو أن كل ما لم يملك به غير العبد لم يملك به العبد كالغصب . ولأن كل من يملك بالجناية على نفسه م نعت بالجناية على أكثره كالدمر وأتم الولد والمكاتب ، ولأنها جناية على عبد فلم يجر أن يملك بها فباشا على من لم يرد أرضه على النصف » .

١٦١٨٤ - قلنا : لا يمتنع أن يكون أخذ الأرض تمليك الضامن ، ألا ترى أن رجلاً قطع يد العبد المصوب كان للمالك [أن ^(١)] يضمن العاصب ، ويملك بالضرب الأرض على القاطع ثم المولى في الختاية إذا كانت توجب بعض القيمة أنه يجوز أن يجمع على ملك الإنسان . بعض البدل مع بقاء المملوك على ملكه ، كما يأخذ المشتري أرض العبد مع كون المبيع على ملكه .

١٦١٨٥ - ولا يجوز أن يرجع بجميع الثمن في الاستحقاق مع بقاء المبيع على ملكه . كذلك في مسألتنا . ولأن العبد لا يصير مستهلكاً بقطع إحدى اليدين ، فيبقى ملك المولى فيه مع الضمان وقطع اليدين استهلاك .

١٦١٨٦ - ولأن منفعة الجنس تُقدَّم فصار كلفه ، ولا يجوز أن يبقى على ملكه مع السبب الذي يضمن به جميع بدله .

١٦١٨٧ - قالوا : كل عضوين يجب في كل واحد منهما على الانفراد أرض وجب فيهما معا أرض كل واحد كالإصبعين ويدي الحر ^(٢) .

١٦١٨٨ - قلنا : الواجب لإحدى اليدين بعض بدل الجملة ، وذلك لا يجوز أن يجب في أبعاض المملوكات .

١٦١٨٩ - فأما الحر فدلينا ؛ لأن الدية لما وجبت في يديه لم يؤثر في نقصان بدل نفسه ، وقد التزم مخالفونا في هذه المسألة إذا قطع اثنان كل واحد منها إحدى اليدين .

١٦١٩٠ - وهذا لا يلزم لأنهما إن قُطعا معا وجب بقطعهما جميع القيمة ، وكان من شرط ضمانهما تسليم العبد إليهما ، وإن ^(٣) قطع إحداهما بعد الأخرى فالواجب بالجناية أولى من نصف القيمة ، فلا يجب التسليم .

(١) ما بين المكوفين ساقط من جميع النسخ .

(٢) انظر هذا للمصنف في الحاوي الكبير (١٤١/٧) وصارته « وكل ما كان مقدراً في الحر من دية كان مقدراً في العبد من قيمته » فعلى هذا في يدي العبد قيمته لأن في يدي الحر دية ، وفي إحدى يديه نصف قيمته ؛ لأن في إحدى يدي الحر نصف دية ، وفي إحدى أصابعه عشر قيمته ؛ لأن في إحدى أصابع الحر عشر دية ؛

(٣) في (ع) ، (م) : [لأن] .



أوش عين الفرس

١٦١٩١ - قال أبو حنيفة : في عين الفرس ربع قبسته ، وفي عينيه جميع قيمته استحساناً^(١) .

١٦١٩٢ - وقال الشافعي : فيها النقصان^(٢) .

١٦١٩٣ - لنا : ما روى منصور^(٣) عن إبراهيم^(٤) قال : كتب قاضي البصرة^(٥)

(١) الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن ص ٥١٧ ط علم الكتب ، الهداية (٢٠٢/٤) ، النابتة على الهداية (٢٥٦/١٠) . جاء في الجامع الصغير : وفي عين بقرة الجزل وعين جرورعا ربع قيمتها ، وكذلك عين لحمار والبغل والفرس . وقال أبو يوسف : على الغاصب ما نقصه في جميع البهائم اعتباراً بالشاة . و قوله : استحساناً : إشارة أنه مخالف للقياس على الشاة ، فإن المقصود منها اللحم ، وفقره العين لا يفوته بل هو عيب يسير يلزمه نقصان المالية . البتابة على الهداية (٢٥٧/١٠) .

(٢) الخوازي الكبير (١٣٩/٧ - ١٤٠) ، الوجيز (٢٠٨/١) ، حلية العلماء (٢٢٤/٥) ، التكملة الثالثة للمجموع (٢٤٥/١٤) . قال المزالي في الوجيز : ولا يجب في عين البقرة والفرس إلا أرض ما نقصه ، ويقول الشافعية قال الإمام مالك وأحمد بن حنبل في رواية . وجاء في بداية المجتهد : يلزم فيما أصيب من البهية ما نقص من ثمنها ، قياساً على الصلدي في الأموال ، جاء في المغني مع الشرح الكبير أن الأرض قدر نفس القيمة في جميع الأحيان ، وروي عن الإمام أحمد رواية أخرى توافق قول الإمام أبي حنيفة ، ونصروه القاضي وأصحابه ، ولكنها مقصورة على العين الواحدة من الفرس والبغل والحمار فقال : إن الدابة تضمن ربع قيمتها ، فإنه قال في رواية أبي حنبل في رجل فاق عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها ، قيل له : فاق العينين ، قال : إن كانت واحدة فقال عمر : ربع القيمة ، وأما العينان فما سمعت فيها شيئاً يدل على أن الإمام أحمد أوجب مقداراً في العين الواحدة من الدابة ، وهي الفرس والبغل والحمار خاصة ، لا لغير الوارد به . وما علا هذا يرجع إلى القياس . انظر ذلك في بداية المجتهد (٣٢٤/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) ، الفتح الكبير مع الفتي (٤٠٢/٥) ، المبدع (١٦٥) .

(٣) هو الحافظ منصور بن الحضر أبو عتاب السلمي الكوفي من كبار تابعي التابعين ، حدث عن إبراهيم النخعي إسماً بن سير وغيرهما وحدث عنه خلق كثير منهم شعبة والشافعيان ، قيل : أصبح الأسانيد مطلقاً سميان عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود ، له فضائل كثيرة . قال عبد الرحمن بن مهدي : لم يكن بالكوفة سخطه ، توفي ليلة سنة ١٣٢ هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٤٠٢/٥ - ٤١٢) ، المعبر (١٢٦/١) ، تهذيب التهذيب (٢٧٧/١٠) ، تهذيب الأسماء واللغات (١١٤/٢ - ١١٥) .

(٤) سبق ترجمته .

(٥) هو القاضي هشام بن حميرة بن فضالة البجلي قاضي البصرة من العلماء بالشرع وكان قليل الحديث . استغفاه -

إلى شريح يسأله عن عين الدابة إذا أصيبت [ما فيها ؟ فقال : قضى عثمان ^(١) ع عى
عين الدابة إذا أصيبت ربع] ^(٢) قيمتها ^(٣) .

١٦١٩٤ - وروى عن شريح قال : كتبت إلى عمر في ذلك فكتب : إنا كنا ننزله
بمنزلة عين الأدمي ، إلا أنه أجمع رأينا على أن فيها ربع الثمن .

١٦١٩٥ - وروى الحكم ^(٤) عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنها قالوا : في عين الدابة ربع

عبد الله بن الزبير سنة ٦٤ هـ وهو شاب ، فكتب إلى شريح . إني استعنت على القضاء على حداثة سي وقلة علمي
بكثير منه ، وإنه لا غناء بي عن مشاورة مطلق . ثم جاء ليسأله فيما يعرض له ، وعزل وأعيد إلى أن قتل مصعب بن
الزبير سنة ٧٦ هـ . وتبعي قليلاً وأعيد بعد تولية الحجاج بن يوسف على العراق فلم يلبث أن مات وهو على القضاء
سنة ٧٥ هـ . انظر طبقات ابن سعد (١٥١/٧) ، المجموع المراهرة (١٨٠/١ - ١٨٤) ، الأعلام (٨٩/٨) .
(١) هو أمير المؤمنين وثالث الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد أصحاب الشورى الستة
عثمان بن عفان الأموي القرشي ذو النورين ، جمع الأمة على مصحف واحد بعد الاختلاف ، هاجر إلى الحنة
ثم إلى المدينة ، كان من السابقين الصادقين المغففين في سبيل الله ، ولد في السنة السادسة بعد عام الفيل تولى
الخلافة غرة محرم سنة ٢٤ هـ واستشهد مظلوماً سنة ٣٥ هـ وله بضع وثمانون سنة يوم الجمعة في ذي الحجة
وصلى عليه جبير ، تروح رقية بنت رسول الله ﷺ قبل النبوة ثم تروح أختها أم كلثوم بعد وفاتها ، ودفن ليلاً
بالبقيع . وروى عن النبي ﷺ ١٤٦ حديثاً ، وروى عنه زيد بن خالد الجهني وابن الزبير والسائب بن يزيد
وغيرهم من الصحابة ، وروى عنه التابعيون منهم أبان بن عثمان وعبيد الله بن عدي وغيرهما وسمع بالناس عشر
سنين في خلافته . انظر : أسد الغابة (٤٨٠/٣ - ٤٩٢) ، الإصابة (٤٦٢/٢ - ٤٦٣) ، طبقات الحفاظ
(٨/١ - ١٠) ، المعبر (٢٦/١) ، تهذيب الأسماء والمهمات (٣٢١/١ - ٣٢٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ص) : [ثمنها] ، والأصح ما أثبتناه ليوافق ما في المسألة كما في (ع) ، (م) . انظر المصدر
لاين أي شية (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦) روى عن الشعبي قال : كتب هشام بن هيرة قاضي البصرة إلى شريح
يسأله عن عين الدابة فكتب إليه : أن في عين الدابة ربع ثمنها . وانظر أيضاً مصنف عبد الرزاق (٧٦/١٠)
٧٧ وقم ١٨٤١٧ عن معمر بن أيوب عن ابن سيرين قال : قضى شريح في عين الدابة إذا قُتِلَتْ ربع ثمنها
إذا كان صاحبها قد رضي ثمنها وإن شاء شراها ، قال معمر : بلغني أن عمر بن الخطاب قضى بذلك . انظر
أيضاً نصب الرأية في أحاديث الهداية لزيلعي (٣٨٨/٤) وتلخيص الجبير (٥٥/٣) . وعلاوة على ذلك
فإن زيد بن ثابت روى عن رسول الله ﷺ : أنه قضى في عين الدابة ربع ثمنها . انظر مجمع الروايات وسم
الفوائد للهيتمي (٢٩٨/٦) إلا أن الإمام البيهقي قال : إنه منقطع . انظر السنن الكبرى (٩٨/٦) . يلاحظ
أن عمر بن الخطاب قضى بذلك ، وشريح القاضي قضى بذلك أيضاً في خلافة عثمان كما أن رسول الله ﷺ
قضى بذلك من قبل ، إلا أننا لم نثر عن قضاء عثمان في ذلك كما ذكر الإمام القدوري

(٤) هو الفقيه الحكم بن عتيبة ، عالم كبير من أهل الكوفة ، أبو محمد الكندي ، حدث عن شريح القاضي
وعبد الرحمن بن أبي ليلى وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير وطاوس وعكرمة وسجاء وعلي بن الحسين رضي الله عنهم .

القيمة (١) ووجه الاستدلال أن عمر عليه السلام حكى عنه الإجماع .

١٦١٩٦ - ولأن عمر عليه السلام اتفقا على هذا الحكم من غير خلاف (٢) .

١٦١٩٧ - ولأن هذا الحكم لا يستدرك من جهة القياس ، فإذا قاله الصحابة (٣)

= ابن أبي رباح وخلق سواهم . وروي عنه منصور والأعمش والأوزاعي وشعبة وآخرون . ولد في نحو سنة ٤٦ هـ . قال صفيان بن عيينة : ما كان بالكوفة مثل الحكم وحماد بن أبي سليمان . مات الحكم سنة ١١٥ هـ على المشهور . انظر سير أعلام النبلاء (٢٠٨/٥ - ٢١٢) ، تهذيب الكمال (١١٤/٧ - ١٢٠) ، شذرات الذهب (١٥١/١) ، تذكرة الحفاظ (١١٧/١) . ويلاحظ أن شريح القاضي قد روى عن عمر وعلي فيحتمل أنه يروى موقوفاً عليه ما روى القاضي شريح عنهما .

(١) روى البيهقي عن عمر بن الخطاب في عين الدابة ربع ثمنها ، وعلق عليه فقال : هذا منقطع . روي عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريح عن عبد الكريم عليه السلام قال في عينها الربع . وروي ابن أبي شيبة عن شريح قال : أتاني عمرو الباري من عند عمر أن في عين الدابة ربع ثمنها . انظر السنن الكبرى للبيهقي (٩٨/٦) ، مصنف عبد الرزاق (٧٧/١٠) رقم ١٨٤٢١ ، مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٥/٩) ٢٧٦ ، نصب الراية (٧٧/٤) كتاب الديات باب في عين الدابة . بناء على ذلك فقد ثبت أن عمر عليه السلام قال ذلك .

(٢) هذا إجماع سكوتي وهو اطلاع أهل الحل والعقد على حكم شرعي مع سكوتهم عن إنكاره ، وصورته : أن يقول بعض أهل الاجتهاد بقول وينتشر ذلك القول بين المجتهدين من أهل الحل والعقد في ذلك العصر ولا يظهر منهم اعتراف ولا إنكار ، وفيه أكثر من ثلاثة عشر مذنباً . منها أنه ليس بإجماع ولا حجة ، وهو قول داود وإسناده . وعمره جماعة إلى الشافعي وعيسى بن أبان والباقلاني وبعض أصحاب مالك ، الثاني : أنه إجماع وحجة ، وهو قول أكثر الحنفية . وقال الباغي : هو قول أكثر المالكيين والقاضي أبي الطيب وأبي إسحاق وأكثر أصحاب الشافعي وأحمد بن حنبل . الثالث : أنه حجة ، وليس بإجماع ، حكاه أبو الحسن في المحمد عن أبي هاشم بن علي الجبائي ، وهذا أحد الوجهين عند الشافعية . واختار الأملدي أنه إجماع ظني بحجج به ، أبده ابن الخليل والكرخي من الحنفية . الرابع : أنه إجماع بشرط انقراض العصر ، وبه قال أبو علي الجبائي وأحمد بن حنبل في رواية عنه . وقال الشيخ أبو إسحاق في المصنف : إنه المذهب . الخامس : أنه إجماع إن كان قياً لا حكماً ، وبه قال ابن أبي هريرة . السادس : إن كان في عصر الصحابة كان إجماعاً ولا فلا . انظر البحر المحيط (٤٩٤/٤ - ٥٠١) ، للمصنف (١٢١/١) ، الإحكام للأملدي (١٢٩/١) ، شرح المعتمد على مختصر المتن (٣٧/٢) ، شرح الإيسري (٣٧٥/٢) التقرير والتحرير (١٠١/٣) والتمهيد للإسنوي ص ٤٥١ - ٤٥٢ . تيسير التحرير لأبي بدناه (١٣٢/٣) وإرشاد المحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (٣٢٦/١ - ٣٣٠) .

(٣) الصحابي من تلقى رسول الله ﷺ وكان مؤمناً ومات على الإسلام وواحدة الصحابي وقال الترمذي : والأصل في هذا الإطلاق أن حصص له رؤية ومجالة . انظر المعجم الوسيط (٥٠٦/١) ، المصباح المنير (٤٥٤/١) . ولما راد بقول الصحابة هو مذهب في المسألة الاجتهادية ، وهو ما نقل إلينا عن أصحاب رسول الله ﷺ من افتقاروا والفتاوى التي لم يكن فيها نص من كتاب أو سنة ولم يحصل عليها إجماع . وقد اتفق العلماء على حجية قول الصحابي والعمل به إذا كان فيما لا يدرك بالرأي والاجتهاد ، لأن الظاهر أن يكون من سماع عن رسول

حمل على التوقيف ^(١) .

١٦١٩٨ - ولا يجوز أن يقال : يحتمل أنهما أوجبا نقصان ، فبلغ هذا القدر كما روى عن أبي بكر ^(٢) وزيد ^(٣) أنهما قالوا : في العين القائمة ثلث الدية ^(٤) ، لأن

الله ﷻ مهور من قبل السنة والسنة من الأدلة الشرعية باتفاق المسلمين ، والأخذ بقول الصحابي دعي يد الإمام أبي حنيفة ، ثم اختلف العلماء في الأخذ بقول اتابيين ومن يعلمهم من المجتهدين ؛ فذهب الأشاعرة والمعتزلة والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه والكرخي من الحنفية إلى أنه ليس بحجة . وذهب مالك بن أنس والرازي والردعي من الحنفية والشافعي في قول وأحمد بن حنبل في رواية له إلى أنه حجة مقدمة على القياس . وذهب قوم إلى إنه إن خالف القياس فهو حجة وإلا فلا ، وذهب قوم آخر إلى أنه حجة في قول أبي بكر وعمر دون غيرهما . واختار ابن الحاجب وأبيد الأمدي : أنه ليس بحجة مطلقاً ، مستدلين بقوله تعالى ﴿ كَإِنْ تَقْتَتِلْ فِي مَنَازِلِكُمْ مِنْ أَفْوَ وَكَأَنْتُمْ عَلَى أَرْسِلِكُمْ ﴾ الآية ٥٩ سورة النساء . وجه الدلالة أن الله أوجب الرد عند الاختلاف إلى الله والرسول ؛ فالرد إلى مذهب الصحابي يكون تركاً للواجب ، وهو مجمع . انظر الأحكام في أصول الأحكام للأمدي بتحقيق د . سيد الجميلي طدار الكتاب العربي ، لبنان (١٥٥٤ - ١٥٦) ، تفسير التحرير (١٣٣/٣) ، منتهي السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل ص ٢٠٦ طدار الكتب العلمية بيروت ، الألفية المختلف فيها وآثارها في الفقه الإسلامي ٥ . عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل ص ٢٨٢ - ٢٨٦ .

(١) فإنه كالمفروق ، لأنه لا يدرك بالرأي . انظر تفسير التحرير (١٣٣/٣) ، كشف الأسمار (١٧٢/٢) ، البحر المحيط (٣٠٣/٤) .

(٢) هو الصحابي الجليل أول الخلفاء الراشدين عبد الله بن عثمان أبو بكر الصديق ﷺ ولد بعد عام الفيل بستين وست أشهر صحب النبي ﷺ قبل البعة وكان أول من أسلم من الرجال ، وأسلم على يديه جصافة محبتهم له ، ووافقه في الهجرة إلى المدينة ، وكان ثاني اثنين في الغار ، وشهد بدرًا والغزوات كلها ، وحج بالناس في حياة الرسول ﷺ سنة ٩ هـ توفي ﷺ يوم الجمعة لسبع بقين من جمادي الآخرة سنة ١٣ هـ وصلي عليه عمر بن الخطاب ودفن بالبقيع انظر أسد الغابة (٢٠٥/٢ - ٢٢٩) ، الإصابة (٣٤١/٢ - ٣٤٤) ، الاستيعاب (١٧/٤) ، تذكرة الحفاظ (٢/١ - ٥) .

(٣) هو الصحابي الجليل زيد بن ثابت الأنصاري الحزرجي المقرئ ، كاتب الوحي للنبي ﷺ ، أمره النبي ﷺ أن يتعلم خط اليهود ، حفظ القرآن الكريم وأتقنه وشهد الحندق وما بعدها من الغزوات ، وانتدبه الصديق ﷺ لجمع القرآن لجمعه ثم عينه عثمان لكتابة المصحف ثقة بحفظه وأمانته واستحلفه عمر بن الخطاب على لثدية ثلاث مرات ، مرتين في حنين ومرة في مسورة إلى الشام ، وكان عثمان يستحلفه أيضاً إذا حج . مات ﷺ سنة ٤٥ هـ . انظر أسد الغابة (١٦٦/٢ - ١٧٧) والاستيعاب (٥٣٧/٢) ، الأعلام (٩٥/٣ - ٩٦) ، تهذيب التهذيب (٣٤٤/٣) .

(٤) روى عبد الرزاق في مصنفه (٢٢٤/٩) رقم ١٧٤٤١ و ١٧٤٤٢ عن قتادة قال قضى عمر بن الخطاب في العين القائمة إذا قُتلت بثلاث ديتها ، وروى عن ابن عباس مثله ، وروى البيهقي في السنن الكبرى (٩٨/٨) عن قتادة عن عبد الله بن برة عن يحيى بن عمر عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال في العين "

قول عمر عليه السلام : كنا ننزلها بمنزلة عين الإنسان ينفي هذا ، ولأنه كتب بذلك في دابة لم يشاهدها ، فلا يجوز أن يكون قوم بعضها وهو [لا] ^(١) يعرفها ، ولأنه حيوان يستحق نفسه جزءاً من المضم ، فوجب أن يكون في أعضائه ما يتقدر أرضه شرعاً كالعيد .
١٦١٩٩ - ولأن ما [لا] ^(٢) يؤكل أحد نوعي الحيوان ، فوجب أن يكون فيه ما يتقدر أرض عينه كما يؤكل ^(٣) .

١٦٢٠٠ - فإن قالوا : فوجب أن لا يتقدر أرض عينه بربع قيمته .

١٦٢٠١ - قلنا : هذا فرض في صحة التقدير ، والكلام في نفس التقدير . ولأنه لو قال حيوان استقل الحكم به ، فلا يحتاج إلى قوله أحد نوعي الحيوان .

١٦٢٠٢ - احتجوا : بأنها جناية على بهيمة فلم يجب بها مقدار كما لو قطع بها ، ولأن كل حيوان لا يجب في أطرافه المقدّر لم يجب في عينه مقدّر كالضم ، ولأن عين الدابة لو تقدرت لتقدرت بنصف قيمتها كعين البعد ^(٤) .

١٦٢٠٣ - الجواب : أن القياس في هذه المسألة مسلم ، وإنما تركناه لقضاء الأئمة المهديين ، والرجوع إلى قولهم عندنا أولى من القياس ^(٥) . وليس إذا لم يتقدر أرض اليد لم يتقدر أرض العين . لأن الحر يتقدر أطرافه ، ثم يكون فيها ما لا يتقدر كالكبد والشلاء ،

^{*} القائمة والسن السوداء واليد الشلاء ثلث الدية . وروي عن اشاعني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله عن سيمان بن يسار أن زيد بن ثابت قصي في العين القائمة إذا طفت بمائة دينار . وقال مالك : ليس على هذا العمل . إنما فيها الاجتهاد . وعن إبراهيم السخمي : أنه قال في العين القائمة واليد الشلاء ولسان الأخرس حكومة عدل . وفي مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٧/٩) رقم ٧١١٣ عن قتادة عن ابن هريرة عن يحيى ابن عمر عن ابن عباس قال : في العين القائمة إذا نخصت ثلث ديتها . فون قلع العين القائمة وهي التي بقيت صررتها وهيائها وذهب بصرها فقد أجمع على وجوب حكومة عدل . انظر كتاب الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي د . عوض أحمد إدريس ص ٢٨٢ ط دار الهلال بيروت .

(٢٠١) ما بين للمكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) ، (م) : [لا يؤكل] .

(٤) « البعد » بدل من « الدابة » في جميع النسخ وإنما أبدلناها لأن عين البعد هي التي تقدر بنصف قيمته ولا يكون للعين والمقنس عليه شيئاً واحداً . انظر هذا المعنى في المحاري الكبر (١٤٠/٧) .

(٥) قال ابن قدامة : هذا لإسجاع بتقديم على القياس . وبناء على النص سالف الذكر عن الإمام أبي حنيفة وإن قول الصالحين يقدم على القياس ، حيث إن القياس نوع من الاجتهاد . قال أبو سعيد البردعي : إن تقليد الصالحين واجب بترك به القياس ، لاحتمال السماع . انظر تبصير التحرير (١٢٣/٣) وكشف الأسرار للنسفي (١٧٤/٢) ونظمي مع الشرح الكبير (٣٨٧/٥) .

ولا يمنع ذلك من تقدير الباقي ^(١) ، ولأن الفرس كثرت مافعها فأخذ شيها [من الآدمي شيها] ^(٢) من الشاة فأعطيناه الشبه من الأصلين فقدردنا عيه ولم نقدر بقية أطرافه . فاما الشاة فلا ينتفع بها إلا من حيث اللحم ، والفرس ينتفع بعينه وظهره ، فلكثرة منافع وجب تقدير أرض بعض أعضائه ^(٣) .

• • •

(١) في (ع) ، (م) : [الثاني] .

(٢) ما بين للمكوهين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) لأن بعض البهائم حاملة كالآدمي فينتفع بها ، ولأن في الفرس مقاصد أخرى سوى اللحم كالجلد والركوب والزينة والجمال والعمل ، فمن وجه الزينة والجمال نشبه الآدمي ، وقد تمسك للأكل ، ومن هنا لوجه تشبه المأكولات ، صملا بالشبهين فيشبه الآدمي في الجباب الربيع والشبه الآخر هي نقي النصف . ولما القياس على الشاة فقياس مع الفارق ، فإن للمقصود من الشاة اللحم وقية العين لا يفرته ، بل هو عيب يجره من نقصان المالية . انظر النباة على الهداية (١٠ / ٢٥٧) .

بالسمن حتى صارت تساوي ألفاً ، ثم نقصت حتى صارت تساوي مائة فإنه بأحد وتسعمائة معها ، كما لو غصبها وفي تساوي ألفاً فنقصت ^(١) .

١٢٢٠٨ - لنا : أنها زيادة لم تعتبر بالغصب فلا تضمن بفواتها في يد العاصب ، كما لو زاد سعرها ثم نقصت ، أو كانت زيادة القيمة عند الغاصب ^(٢) ، ثم نقصت فردى ١٢٢٠٩ - فإن قيل : زيادة القيمة لو كانت موجودة عند الغصب لم يضمنها . كذلك إذا حدثت وزيادة البدن بخلاف ذلك .

١٢٢١٠ - قلنا : إذا جنى على زيادة السعر حال الغصب لم يصح هذه المعاوضة ثم الزيادة حال الغصب لا تضمن ، لأنها غير مفصولة . كذلك زيادة البدن الحادثة .

١٢٢١١ - فأما زيادة البدن الموجودة حالة ^(٣) الغصب فهي مفصولة فلذلك ضمت . ١٢٢١٢ - ولأنها عين ^(٤) حدثت في يده بغير فعله فلم تحدث مضمونة ، أصله الثوب إذا ألقته الريح في حجره أو في داره ، ولا يلزم الزيادة في بدل الصيد ؛ لأنها تحدث أمانة ، ثم يضمن بمعنى حادث .

١٢٢١٣ - فإن قيل : لو زاد الصيد أو ولد في يده وهو لا يعلم ضمنه ، وإن كان لا يلزم رده .

١٢٢١٤ - قلنا : لا يضمنه هكذا قال أبو بكر الرازي ^(٥) وقد روى ابن سماعة ^(٦) عنهم : أنه يضمنه وليس بصحيح .

(١) مختصر الزني مع كتاب الأم (٣٦/٣ ، ٣٧) ، المهذب (٣٧٠/١) ، روضة الطالبين (٤٣ ، ٢٧/٥) .
الخوازي الكبير (١٤٦/٧) وعبارة الخوازي هي ما نقلها الإمام القدوري إلا كلمة وهي تسعمائة ثم قال الماوردي وهذا كما قال : وهذه المسألة مشتملة على فصلين ، أحدهما : أن يغصبها زائدة تنقص ثم تزيد ، والثاني : أن يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص فهي مسألة الكتاب . وصورتها فيمن غصب أمة تساوي مائة وادت بيرة أو سحر أو تعلم قرآن أو حط حتى صارت تساوي ألفاً ثم نقصت وعدت لحالها حين عصبت لمود المرض والهزال وسبب ما عملت من الخط والقرآن حتى صارت تساوي مائة ، فإنه يرددها ويرد معها تسعمائة لنقص الربرة الحادثة في يده . ويقول الشافعية قال المناذلة . انظر للمغني مع الشرح الكبير (٣٩٩/٥ - ٤٠٠) ، الشرح الكبير مع نسي (٤٠٣/٥ ، ٤٠٤ ، ٤٠٩) ، المبدع (١٦٦/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٨/٢) .

(٢) في (ع) ، (م) : [الغصب] . (٣) في (ع) ، (م) : [عند] .

(٤) في (ع) ، (م) : [غيره] .

(٥) انظر مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الرازي المحض (١٧٥/٤) .

(٦) سبقت ترجمته .

١٦٢١٥ - ولأنه عين حصلت في يده بفعله ، وهلكت بغير فعله ، فوجب أن لا يضمنها من غير مع . أصله ما ذكرنا .

١٦٢١٦ - وإنما قلنا من غير منع في الحكم لأنه لا تأثير له في الفرع ، إذا كان المالك عدنا لو طالب بالعين المغصوبة فلم يردّها لم يضمن / زيادتها فلذلك لم يذكر المنع في الأصل .

١٦٢١٧ - ولا يحتاج إلى ذكر يوم المطالبة لأن المنع لا يكون إلا بعد المطالبة .

١٦٢١٨ - ولأنها زيادة غير متميزة لم يتناولها الغصب فلا يضمنها الغاصب به ، أصله : زيادة السعر ^(١) .

١٦٢١٩ - ولا يلزم إذا منعها لأنه لا يضمن به ، ولا يلزم ^(٢) الولد إذا منع ، لأنها زيادة متميزة .

١٦٢٢٠ - ولأنه لا يضمن بالغصب الولد ، وإنما المنع غصب آخر ، والزيادة تضمن عندنا بغصب آخر ، ولا يتصور ذلك إلا إذا ردها ثم غصبها .

١٦٢٢١ - ولأنه رد العين كما غصبها فلم يلزمه ضمان الزيادة التي فاتت بالغصب ، أصله : إذا سمنت فنقصت قيمتها بالسمن ثم ذهب السمن فعادت قيمتها .

١٦٢٢٢ - ولا يلزم الصيد ، لأننا خصصنا الضمان بالغصب ، ولا يلزم إذا ذهب السمن بفعله ، لأن ذلك الضمان يجب بالإتلاف لا بالغصب .

١٦٢٢٣ - ولا يلزم إذا رد الأمة زانية أو أمة ، لأنه لم يرد العين كما غصبها ، لأن صفتها تغيرت ، ولأن الأصل والفرع يستوي في ذلك .

١٦٢٢٤ - احتجوا : بأنها زيادة في عين مفصولة لو أتلفها الغاصب ضمنها ، فوجب أن يضمنها وإن تلفت .

١٦٢٢٥ - أصله : الزيادة الموجودة حال الغصب ، أو أصله : إذا منعه ثم رده ^(٣) .

١٦٢٢٦ - قلنا : قد يضمن بالإتلاف ما لا يضمن بالتلف ، بدلالة الأمانات .

(١) في (ن) : [السعر] وهو ما أتياه في المتن .

(٢) في (ن) : [يلزمه زيادة الضمير المذكور الغالب المتصل] .

(٣) نظر هذا المعنى في الشرح الكبير مع المعنى (٤٠٤/٥) وعبارته : (ولما أنها زيادة في غص المغصوب فلم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على ملك المغصوب منه يلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب) .

والمعنى في الزيادة ^(١) المرجودة حال الغصب أنها مال حدث في يده فضمنها به ، وهذه الزيادة حدثت بغير فعله فلم تحدث مضمونة وإن كانت [على] ^(٢) أصلهم إذا منه لم بدل ، فالمتع لا يُضمَّن عندنا الزيادة ، فالأصل غير مسلم .

١٦٢٢٧ - فإن قيل : علة الأصل تبطل بمن غصبها حاملاً فإنها زيادة حصلت في يده بفعله فلا يضمنها ، و ^(٣) علة الفرع تبطل بزيادة الصيد .

١٦٢٢٨ - قلنا : الحمل لا تثبت اليد عليه ، فلا يقال إنه حصل في يده بفعله ، وإنما ثبتت يده على الأم .

١٦٢٢٩ - الحاصل : أنه إن كان الحمل زيادة فيها ضمنها ، وإن كان نقصاناً فيها فصفة النقص لا يوجب زيادة الضمان .

١٦٢٣٠ - وأما علة الفرع فلا يلزم عليها إبطال زيادة الصيد ؛ لأنها [لا تحدث] ^(٤) [زيادة الضمان ، وأما علة الفرع فلا يلزم عليها زيادة] ^(٥) مضمونة .

١٦٢٣١ - فإن قيل : الزيادة وإن لم تحدث بفعله فقد حدثت بسبب إمساكه للعين المغصوبة ^(٦) . وإذا حصلت في يده بسبب من جهته على وجه التعدي تنعق به الضمان ، كحفر البئر .

١٦٢٣٢ - قلنا : غصبه وإمساكه ليس بسبب لحدوث الزيادة ، فلم تحصل الزيادة في يده بسبب تعدي . وحفر البئر سبب الوقوع فقد حصلت الجنابة بسبب هو متعد فيه ، ثم يبطل ما قالوه بمن جلس في الطريق فألقت الريح ثوباً في حجره ، فإنه حصل في يده بسبب هو فيه غير متعد على فرض ^(٧) قولهم ، ولا يحدث مضموناً عليه ^(٨) .

(١) في (ع) ، (م) : { الزيادة } .

(٢) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) و (ن) .

(٣) حرف الواو ساقط من (ن) .

(٤) هكذا في (ع) ، (م) ، (ن) وهو الصواب وحرف لا ساقط من (ص) .

(٥) ما بين المكونين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٦) في (ع) ، (م) للمضمونة .

(٧) هكذا في (م) وهو الصواب أما في (ص) ، (ع) ، (ن) فرد .

(٨) في حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٢٣٢/٥) : « فإذا لم يوجد حد الغصب في الزيادة لا يجب الصناد ؛ لأن الزيادة حصلت في يده بغير صمعه بإيجاد الله تعالى ، ولا صمع للغاصب في إحداث الرد ، فصار كما بد هبت الريح على ثوب إنسان فألقت في حجر غيره فإنه لا يكون مضموناً عليه ، لأنه لم يوجد صمع من جهة » .

١٦٢٣٣ - قالوا : كل ما لو تلف في يد المتاع من الغاصب ضمنه الغاصب فكذلك إذا تلف في يده ، أصله الزيادة الموجودة حال العصب (١) .

١٦٢٣٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : إذا باع الغاصب زائدة ضمن قيمتها يوم الغصب ويضمن المشتري قيمتها يوم قبضها (٢) .

١٦٢٣٥ - فإن قالوا : كل ما يضمنه المشتري من الغاصب المعصوب مه ضمن الغاصب له ، أصله : الزيادة الموجودة حال الغصب .

١٦٢٣٦ - قلنا : المشتري من الغاصب قبض الثمن زائدة فضمن الزيادة بنفسه وأما الغاصب فلم يضمن هذه الزيادة فلم يضمن بالغصب ما لم يضمنه وقد تكلمنا على الأصل .

١٦٢٣٧ - قالوا : زيادة في عين مضمونة باليد المتعدية فوجب أن تكون مضمونة كالزيادة في الصيد في يد المحرم (٣) .

١٦٢٣٨ - قلنا : يبطل بالمشتري إذا قبض المبيع بغير أمر البائع فزاد في يده ثم هلك ويبطل ، بالجارية الموصى بها يحدث من أولادها إذا غصبها الموصى له فحملت في يده .

١٦٢٣٩ - وأما زيادة الصيد فلا تحدث مضمونة عندنا ، وإنما يتجدد ضمانها ؛ لأن المال لها حق الله تعالى طالبه بردها فضمن بترك الإرسال مع المطالبة .

١٦٢٤٠ - والزيادة في مسألتنا لم تحدث مضمونة ولكنها تضمن عندنا متى حدث (٤) معنى يوجب ضمانها .

١٦٢٤١ - فإن قيل : الغصب قد أمر الله تعالى برده كما أمر برد الصيد فيجب أن يضمنه بالحبس .

= ولكنه يكون واجب الرد إلى مالك الأصل ، حتى إذا فوت الرد بالتمدي كالأكل والبيع ونحو ذلك أو بالبيع عند الطلب يكون ضماناً .

(١) انظر هذا للمنى في الحارثي الكبير (١٤٦/٧ ، ١٤٧) وحجته : ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها صس نقصها . كذلك إذا لم يبعها . ويحذر من اعتلاله قياساً ، أحدها : أن كل عين ضمنت بالغصب صس ما تلف من زيادتها في الغصب قياساً على تلفها في يد المشتري . والثاني : أن كل زيادة ضمنها الغاصب لو تلفت في يد المشتري ضمنها ، وإن تلفت في يد نفسه ، قياساً على تلفها بجناحه .

(٢) انظر الباية على الهداية (٣٦٦/٨) .

(٣) انظر الحارثي الكبير (١٤٧/٧) وحجته : ولأن ما ضمن أصله بالتمدي صحت زيادته في حال التمدي ، قياساً على الصيد إذا زاد في يد المحرم ثم نقص .

(٤) في (ع) ، (م) : [عندنا معنى] .

١٦٢٤٢ - قلنا : ضمان الفصب يجب لحق الآدمي ، فالمعسر بمطالبته . وضمان
النصيد يجب لحق الله تعالى فالمطالبة من جهته هي المتبررة . يبين ذلك أن الله تعالى أمر
المودع برد الوديعة إذا عجز عن حفظها . ثم لا يضمنها ، لأن المالك لم يصاله ، وقد
أذن الله تعالى للمضطر أن يأخذ مال غيره ، ولا يسقط ضمانه ^(١) لأن المالك لم يأذن .
١٦٢٤٣ - قالوا : الغاصب مأمور برد العين بزيادتها ، فإذا لم يفعل ^(٢) حتى نقصت
وذهب السمن ضمن ؛ لأنه لو تلف في يده ما كان عليه رده ^(٣) .

١٦٢٤٤ - قلنا : الوديعة يلزمه رد جميع أجزائها ، فإذا نقصت فقد هلك في يده ما
كان يجب عليه رده ولا ضمان عليه . وكذلك إذا احتلط الغصب بالوديعة فهو مأمور
برد الغصب ، وذلك لا يتميز من الوديعة ، فهو مأمور برد الوديعة ، وإذا هلكت الجسلة
ضمن الغصب دون الوديعة .

(١) وذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات . وفي حالة الضرورة يجوز للمضطر أن يأكل مال غيره ويضمته ؛
لأن الضرورات تفتقر بقدرها ، كما يجوز أكل الميتة وشرب الخمر ولحم الخنزير في حالة الضرورة بقوله تعالى :
﴿ مَنِ اسْتَرْزَقَ بِغَيْرِ مَا كَانَ عَلَى يَمِينِهِ فَقَدْ هَبْ ﴾ من الآية ١٧٣ سورة البقرة . وقال الله في آية أخرى ﴿ وَقَدْ
فُتِنَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا أَخْلَفْتُمْ لَأَنفُسِكُمْ ﴾ من الآية ١١٩ سورة الأنعام . ومعنى الاضطراب هنا : هو خوف
الضرر على نفسه أو بعض أعضائه بتركه الأكل . انظر أحكام القرآن للجصاص (١٥٩/١ - ١٥٩) ، عمر
عبد الصائر شرح كتاب الأشباه والظواهر للحموي (٢٧٦/١) ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) في (ن) : [لم يقول] .

(٣) انظر هذا المعنى في المذهب للشيرازي (٣٧٠/١) وعبارته « إذا راد المعصوب في يده الغاصب ، فأد
كانت شجرة فأنثرت أو جارية فمست أو ولدت ولداً مملوكاً ثم تلف ضمن ذلك كله ؛ لأنه مال للمعصوب
مع حصل في يده بالغصب ، فصته بالتلف كالمعين المعصوبة .



ضمان منافع العين المنصوبة

١٦٢٤٥ - قال أصحابنا ^(١) : لا يضمن الماصب مافع العين المنصوبة إذا تلفت في يده أو استولفها ^(٢) .

١٦٢٤٦ - قال الشافعي : تضمن المنافع كالأعيان ^(٣) .

١٦٢٤٧ - وحصروا ^(٤) المذهب فقالوا : كل منفعة تضمن بعقد الإجارة فإنها تضمن بالنصب ^(٥) ^(٦) .

١٦٢٤٨ - لنا : ما روي أن جارية غرت رجلاً فتزوجها ، فكانت عنده مدة ، فولدت منه أولاداً ثم جاء صاحبها واستحقها فمضى عمره بالمجارية لصاحبها بالعقد ، وبقيمة الأولاد

(١) صورة المسألة : إذا عصب دابة أو عبداً فاستخدمه أو أجره حتى استوفى مافعه فإن هذه المنافع عند الحنفية ومن معهم لا تكون مضمونة على الماصب والعين مضمونة ، بلا خلاف . وعند الشافعية ومن معهم تكون المنافع مضمونة كالعين .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، للبسوط (٧٨/١١) ، الهناية (٢٠/٤) ، الاختيار (٣٢٤/٢) ، رؤوس المسائل ص ٣٥١ ، تبيين الحقائق (٢٣٢/٥ ، ٢٣٤) وعبرارة الزهلي : « ومنافع العصب غير مضمونة ، استولفها أو عطلها أو استعملها لادم ورود العصب عليها ولا بمائلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان . وبه قال ابن القاسم من المالكية فني الذخيرة للقرني (٣٨١/٨) : منفعة الأعيان لا تضمن بالفوات تحت اليد العادية عند ابن القاسم . وقال أشهب وغيره : عليه الكراه إذا غلق النار وبور الأرض ولم يستعمل العبد ووقف الدابة . وقال ابن حبيب : إذا باع الماصب أو وهب غرم الغبة التي اعتل المشتري والموهوب ، فإن كان مسروراً غرم الموهوب أو وراثته ولا يفرم المشتري . وقال النخعي : إنما يفرم ما حرم ربه من تلك العلات بخصه ، لأنه السهل . انظر أيضاً بداية المجتهد (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) ، شرح الحرشي (١٣٧/٦) .

(٣) وبه قال لمجابهة . انظر كتاب الأم للشافعي (٣٥٤/٣) ، للموازي الكبير (١٦٠/٧) ، المذهب (٢٧٠/١) ، مني الخياص (٢٨٦/٢) ، الوجيز (٢١٠/١) ، المبدع (١٨٥/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) ، الإنصاف للمرادوي (٢٠١/٦ ، ٢٠٢) وعبدرة للماوردي : مافع المصوب مضمونة على الماصب بالأجرة سواء انتفع أو لم ينتفع . وعبرة ابن قدامة : أنه متى كان للمصوب أجر فعلى الماصب أجره مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها ذهب ، هذا هو المعروف في المذهب ، من عليه أسند في رواية الأثرم . وقال المرادوي : هذا ما عليه جماهير الأصحاب ، ونص عليه في قضايا كثيرة .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) [وحصلوا] .

(٥) انظر هذا المعنى في حلية القضاء (٢١٠/٥) والموازي الكبير (١٦٠/٧) .

(٦) قاعدة : « كل منفعة تضمن بعقد الإجارة تضمن بالنصب » .

ولم يقض بقيمة ما فيها التي كانت في يده واستوفاهما ، فلو وجب لبيته لمستحقه ^(١) .
 ١٦٢٤٩ - وعن علي بن أبي طالب عليه السلام مثل ذلك ، ولم يخالفهما أحد ، فصار المشهور
 إجماعاً ، ولأنها منفعة استوفاهما من غير عقد ، ولا شبهة فلا يلزم شيء في مقابلتها .
 ١٦٢٥٠ - ولا يلزم بدلها ، كمن زنا بمطاعة من غير عقد ولا شبهة فلا يلزم شيء
 في مقابلتها .

١٦٢٥١ - فإن قيل : قوله من غير عقد ولا شبهة لا تأثير له ؛ لأن المنافع لو استوفاهما
 بشبهة لم يضمنها كمن ركب دابة فضمنها له .
 ١٦٢٥٢ - قلنا : هذا الوصف [ليس] ^(٢) له تأثير فيمن زُفَّت إليه غير امرأته ، وهي
 من استوفاهما بشبهة الإجارة . وإذا بينا تأثيره في هذين الموضعين لم يزم بيان تأثيره ^(٣)
 في كل المواضع .

١٦٢٥٣ - فلا يلزم من يرد أبناً [لأن المالك لم يستوف المنفعة ، وإنما ملك بدلها ^(٤)] .
 ولأن جعل الأب صفة وليس يبدل عبد ^(٥) وإنما هو في مقابلة المنافع ، كتركز القاضي
 ونصيب المضارب من الربح .

١٦٢٥٤ - ولا يلزم الأب إذا وطئ جارية ابنه ، لأنه استوفى المنفعة بشبهة المالك .
 ١٦٢٥٥ - ولا يلزم إذا وصى الرجل بخدمة عبده ويعتقه بعد ذلك فأعتقه الوارث أنه
 يضمن للموصى له ^(٦) ، لأن الوارث لم يستوف المنفعة ، ولأنه لا يضمن المنفعة وإنما
 يضمن الرقبة فيشتري بالقيمة عبداً فيخدمه .

١٦٢٥٦ - قالوا : المطاوعة بذلت منفعتها له فلا يجب عليه عوضها ، كما لو بذلت
 له قطع يدها ^(٧) .

(١) روي البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح باب من قال يرجع المغرور بالمرء وفيه الأولاد على الذي
 عره (٢١٩/٧) قال أخبرنا أبو سعيد عن أبي العباس عن الربيع عن الشافعي عن مالك أنه بلغه أن عمر بن
 عثمان قضى أحدهما في أمة غرت بنفسها رجلاً فذكرت أنها سرقة فولدت أولاداً فقصي أن يهدى ربه
 بينهم . وروى من هذا اللفظ ما رواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٢٩/٧) .

(٢) ما بين المكوئين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (د) .

(٣) ساقط من (ع) .

(٤) ما بين المكوئين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) كلمة لا ساقطة من جميع النسخ ، والسياق يقتضيها .

(٦) انظر المحاذي الكبير (١٥٢/٧) هذا أحد الوجهين في وجوب المهر إذا كانت مطاوعة وهو ظاهر مذهبنا .

١٦٢٥٧ - قلنا : الأسباب التي يجب بها بدل البضع لا يسقط بدلها ، كالمقوضة ، ولأن الأمة المطاوعة ^(١) لا مهر لها ، ولا يسقط حق ^(٢) مولها .

١٦٢٥٨ - قالوا : العاقلة ^(٣) لو دعت مجنوناً إلى نفسها فلا مهر لها ، لبدلها .

١٦٢٥٩ - قلنا : غلط ؛ لأنها إن ضمتته المهر رجع به عليها ، لأنها هي التي أدخلته في سبب الضمان ، فمن حيث ثبت سقط

١٦٢٦٠ - ولهذا قالوا : إنه لو أكرهها ^(٤) وجب المهر ، ولأنها نوع منفعة فلا تضمن بالبدل [أصله للمنفعة] ^(٥) . بيان هذا : أن من غضب أمة فأمسكها ، فقد قوت علي المولى وطأها في مدة الغضب ولا ضمان عليه .

١٦٢٦١ - قالوا : لأن منفعة البضع في يد المولى ، بدلالة أنه لو زوجها جاز ، واستحق المهر ، ومنافع الأعضاء ليست في يده ، بدلالة أنه لو عقد عليها لم يجز ^(٦) .

١٦٢٦٢ - قلنا : [المولى يملك وطء الأمة] ^(٧) ، كما أن عرضه قد يكون في المهر وهو مسموع من العوض الذي هو الوطاء ، فكان يجب أن يضمن ، كما لو بدل الغاصب تكتيه من استعمالها في ^(٨) وجه دون وجه .

١٦٢٦٣ - ولأن تزويجه إنما يجوز ليس لأن منافع بضعها ^(٩) تحت يده لكن لأن صحة النكاح لا يقف علي إمكان التسليم ، ولأننا لا نسلم أن العوض عن البضع يسلم له ^(١٠) إذا زوجها ، بدلالة أن الزوج لا يلزمه تسليم المهر إذا كان ممنوعاً من الزوجة .

١٦٢٦٤ - قالوا : منفعة البضع غير مقدرة بالزمان [فلم يفوت على المولى شيئاً ،

= الشافعي ، وهو قول جمهور أصحابه أنه لا مهر لها عليه ، لأنها بالمطاوعة تكون بغيرها ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن مهر النفي . والوجه الثاني : وهو قول أبي العباس بن سريج أن المهر عليه واجب ، لأنه حق لسيدتها فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو بذلت قطع يدها لم يسقط من القاطع دينها .

(١) في (ع) ، (م) : [المطاوعة الأمة] .

(٢) في (ع) ، (م) : [من] .

(٣) في (ع) ، (م) : [لو أنه أكرهها] . (٤) ما بين المتكويين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) انظر روضة الطالبين (١٤/٥) وعيانه : منفعة البضع لا تضمن بافوات تحت اليد ، لأن اليد لا تبت عليها ، ولهذا تزوج السيد للمقصودة ، ولا يجزئها كما لا يبيعها .

(٦) ما بين المتكويين غير واضحة في السخ الأربعة .

(٧) في (م) ، (ع) ، (م) على والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٨) في (ع) ، (م) [بمصها] . (٩) في (ع) ، (م) ، (ن) [إليه] .

لأنه يطؤها بعد ردّها ، ومنفعة الأعضاء مقدرة بالزمان [(١) ، بدلالة أن العقد يقع فيها على المدة وينقسم عليها ، فإذا حبسها فقد أُلّف منفعتها (٢) .

١٦٢٦٥ - قلنا : إذا حبسها فقد أُلّف منفعة البضع ، ومنع المولى في المدة ، وإمكان الوطء في الباقي لا يمنع ضمان التالف في يد الغاصب ، كما لو وطئها ضمن عندهم . وإن كان المولى يطؤها في الثاني ، ومنفعة الوطء لا تتقدر بالزمان .

١٦٢٦٦ - [ولأن / منفعة الأعضاء في حق المالك لا تتقدر بالزمان] (٣) وإنما تنقدر في حق المستأجر ، ولهذا لو حبس البائع المبيع بغير حق لم يسقط شيء من الثمن ، وإن حبس المؤجر سقطت الأجرة ، فلا فرق بين منافع البضع ، والأعضاء حق المالك .

١٦٢٦٧ - ولأن كل سبب يضمن به المنفعة يستوي فيه منفعة الحر والعبد . أصله : الإجارة الصحيحة والفاسدة . ومعنوم أن من حبس حراً صانعاً وحال بينه وبين العمل لم يضمن أجرته ، كذلك إذا حبس عبداً أومنته من مولاه ، وهذا أصل مسلم ، وزعموا أنه هو المذهب .

١٦٢٦٨ - قالوا : وقال ابن شريح من أصحابنا : من قال يضمن منفعة الحر فليس بمذهب ، وهو فاسد (٤) ، لأن المنافع تتولد عن ربة الحر فلا يضمن بالغصب ، كالولد .

١٦٢٦٩ - فإن قيل : الحر لا تضمن رقبته بالغصب ، كذلك منفعة

١٦٢٧٠ - قلنا : لأنها لا تضمن بالعقد ، والمنافع تضمن بالعقد .

١٦٢٧١ - فإن قيل : منافع الحر تحت يده فلا يضمنها الغاصب ، كما لا يضمن ما

(١) ما بين المكوّفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر هذا المعنى في المحلى مع الشرح الكبير (٤٣٦/٥) .

(٣) ما بين المكوّفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) جاء في المذهب للشيرازي (٣٧٤/١) : « وإن غصب حراً وجبته ومات عنه لم يضمنه ؛ لأنه ليس مال ولم يضمنه بانيه ، وإن حبسه مدة لمخلها أجرة . فإن استوفى فيها منفعة أزمته الأجرة لأنه أتلف عليه ما يقوم فله الضمان ، كما لو أُلّف عليه ماله أو قطع أظرفه . وإن لم يستوف منفعة فبِهِ وجهان ، أحدهما : نازمه الأجرة ؛ لأن منفعة تضمن بالإجارة ، فصحت بالغصب كمنعته المال . والثاني : لا نازمه ؛ لأنها نفقت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب ، كأظرفه وثياب يده . وجاء في روضة الطالبين (١٤/٥) أن « منفعة بدن الحر مضبوطة بالتفويت ، فإذا قهر حراً وجبره في عمل ضمن أجرته ، وإن حبسه وعطل مناعه لم يضمنه على الأصح ، لأن امر لا يدخل تحت اليد فمضاعفه نفوت تحت يده بخلاف مال . وقال ابن أبي هريرة يضمنها . ويلاحظ أن ما ثبت عن ابن شريح ليس هو الرأي الراجح عند الشافعية وإنما قاله هو ابن أبي هريرة من الشافعية وهو المرجوح عندهم .

عليه من الثياب والحلي ، فيضمنها الغاصب .

١٦٢٧٢ - قالوا : وكذلك لو غصب جملاً ، وعليه متاع ، ومالكه فوقه لم يضمنه . ولو كان عبده ^(١) فوقه ضمنه .

١٦٢٧٣ - قلنا : ضمان الحر في يده كما أن منافع العبد في يده ، والغاصب يحبس بتمامه فكل واحد من المتضمنين فائته المنفعة ، فلا فرق بينهما . وما ذكره من المسألتين لانسلاخه ، فلا يضمن عندنا المتاع إذا كان عند مالكه عليه ، ولا يضمن ثياب العبد المصوب إذا لم تزل يده عنها ، كما لا يضمن ثياب الحر .

١٦٢٧٤ - ولأنه لا تُضمَّن منفعة بضمها فلا تُضمَّن منفعة أعضائها ، كالجارية المستعارة .

١٦٢٧٥ - ولأنه رد العين على الصفة التي غصبها ، فلم يلزمه بدل شيء من منافعها بالعصب . أصله إذا غصب دراهم أو دنائير . ولا يلزم إذا وطئ الجارية بشبهة ، لأن للمقد لا يلزمه بحكم العصب .

١٦٢٧٦ - ولأن العصب سبب يضمن به الرقبة فيضمن به المنفعة كالقتل والغرور .

١٦٢٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعْدَدُوا عَلَيْهِ يَنْبَغِي مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٢) .

١٦٢٧٨ - قلنا : حقيقة اللفظ يقتضي الاعتداء على الأنفس دون الأموال . ومن حكم اللفظ أن يحمل على حقيقته ، ولا يحمل على مجازه إلا بديل .

١٦٢٧٩ - قالوا : كل ما يضمن المسمى في العقد الصحيح يضمن بالعصب كالأعيان . ^(٣) ولا يلزم منفعة الحر ؛ لأنه يضمن بالعصب إذا أكرهه على العمل ^(٤) .

١٦٢٨٠ - قلنا : قد يضمن بالعمود ما لا يضمن بغيره ، بدلالة أن منافع البضع مضمونة على المرأة بالخلع ولا تضمنها بغيره ، كذلك إذا باعه عبداً قيمتها مائة بمائتين فما

(١) في (ن) : [عليه] .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٤ . وجه الدلالة من الآية الكريمة : ما ذكره الماوردي حيث قال : « فلما لم يحز أن يمس على مالكه باستهلاك منافع أوجب العموم مثلاً مشروفاً وهو الأجرة ؛ لأن القيمة أحد المثلين » . انظر الحارثي الكبير (١٦٠/٧) .

(٣) قاعدة : « كل ما يضمن به المسمى في العقد الصحيح يضمن بالعصب كالأعيان » .

(٤) مكنأ في (ن) وفي باقي النسخ بالمثل . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٦٠/٧) وعجزته « ولأن ما ضمن بالعمود ضمن بالمصوب كالأعيان » .

زاد على مقدار القيمة بضمن بالعقد ولا بضمن بالعصب . والمعنى في الأعيان أنها إذا ملكت ^(١) كان بدلها للمالكها ، والمنافع تملك ، ثم يستحق بدلها غير مالكها ، بدلالة أن الزوجة إذا وطفت بشبهة كان المهر لها ولم يستحقه الزوج المالك للمنافع بضمها .

١٦٢٨١ - ولأن الأعيان المملوكة لما ^(٢) جاز أن تنتقل إلى الوارث منفردة ^(٣) عن غيرها ضمنت بالعصب والمنافع قد تملك ثم لا يجوز أن تنتقل إلى الوارث منفردة عن ^(٤) الأعيان ، وهي منافع البضع ، فلذلك لم بضمن بالعصب . أو نقول : الأعيان لا توجد مملوكة إلا وحق الغرماء يجوز أن يتعلق بها ، والمنافع قد توجد فلا يتعلق حق الغرماء [بها] ^(٥) ، وهي منافع المديون ^(٦) ، فلذلك لم تضمن بالعصب .

١٦٢٨٢ - قالوا : جهنا الضمان عليه العقد الصحيح والفساد كالعصب ، ثم ثبت أن للمنافع تجري مجرى الأعيان في الجهتين : العقد الصحيح والفساد . كذلك العصب ^(٧) .

١٦٢٨٣ - قلنا : أما قولكم : إن الأعيان تضمن بالعقد الصحيح والفساد فغير مسلم ، بل هي مضمونة بنفسها فأما كونها سببا يقتضي ضمانها فلا ، وإما المنافع هي التي تضمن بأسباب .

١٦٢٨٤ - وقولهم : إن المنافع تضمن بالعقد الفاسد فغير مسلم ، وإما تضمن متى أتلفها لأجل العقد الفاسد ، بدلالة ، أنها لو تلفت [تحت يده] ^(٨) لم يضمنها عندنا .

١٦٢٨٥ - ثم العصب من ضمان الشيء بنفسه ، وليس إذا ضمنه الأعيان بأنفسها يجب أن بضمن المنافع كذلك ، لأن الأعيان أدخل في التصول من المنافع والضمان يتعلق بالأموال ^(٩) ، ولأن الخلاف بيننا في أن المنافع هل تضمن بأنفسها .

(١) في (ع) ، (م) : [بدلت] .

(٢) هكذا في (ن) وهو الصواب وفي باقي النسخ كما .

(٣) وفي (ن) : [منفردة] .

(٤) ، (٥) ما بين لمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ع) ، (م) : [المديون] .

(٧) انظر الحاروي الكبير (١٦٠/٧ ، ١٦١) وعبارته (ولأن ما ضمن به الأعيان ضمن به المنافع كالعقود)

وعبر عنه ابن عدامة فقال : لنا أن كل ما ضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف كألأعيان . انظر المعنى مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) .

(٨) ما بين لمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٩) فائدة : الأعيان أدخل في التصول من المنافع ، والضمان يتحقق بالأموال .

١٦٢٨٦ - فإذا قالوا : لما استوت المنافع والأعيان في الضمان بالمقد وجب أن يتساوى في الضمان من غير عقد ، فلم يدلوا في المعنى على موضع الخلاف .

١٦٢٨٧ - قالوا : استدلل الشافعي رحمه الله تعالى ، فقال : لو استأجر قميصاً فلبسه فنزل فيه التراب كان عليه [ضمان] ^(١) المنافع ^(٢) . ولو أكرى دكاناً للخبز فعمل فيه الطحن ضمن المنافع ، وإن كان الاستيفاء يغير إذن المالك ، كذلك في مسائلنا .

١٦٢٨٨ - قلنا : هذه غفلة ، لأن الأجرة لا يضمها في مسائلنا ، لاستيفاء المنافع ، وكذلك الإحارة الصحيحة تضمن الأجرة فيها [بكون العين] ^(٣) في يده ، فهو يضمن الأجرة لأجل ذلك إذا لم يفسد القميص . فأما أن يكون ضمناً بدل المنافع المستوفاة بغير إذن المالك فلا .

١٦٢٨٩ - قالوا : ضمان الغصب أوسع من ضمان العقود ^(٤) ، بدلالة أن كل ما يضمن بالغصب ضمن بالعقد ، وقد يضمن به ما لا يضمن بالعقد ، مثل ^(٥) أم الولد ، ثم لو ثبت أنه يضمن المنافع بالعقد فلأن يضمها بالغصب أولى ^(٦) .

١٦٢٩٠ - قلنا : ما يضمن بالعقد يضمن بالغصب ، إذا حصل الغصب فيه . والمنافع لا يتصور غصبها في أنفسها ، وإنما بغصب الأعيان التي تتولد منها المنافع ، فتضمن ^(٧) تلك الأعيان ، وضمانها يسقط معه ضمان المنافع . بدلالة أن تلف العين تلتف مافيهما فتضمن العين ، ولا تضمن المنافع ، ويسقط ضمان العين المتلفة فلا يجب ضمان المنافع ، بدلالة أن المرأة لو تأذن لرجل في قتلها يسقط بإذنها ضمان نفسها ، ولا يضمن منافعها لزوجها .

١٦٢٩١ - وكذلك لو أذن المولى في ضمان أمته المتزوجة وإن أتلها عليه ، كذلك

(١) ما بين المكونتين ساقط من (ن) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحارثي الكبير (٤٤٣/٧) وحلية العلماء (٤١١/٥ ، ٤٣٤) .

(٣) ما بين المكونتين ساقط من (م) ، والصراب ما أبتناه كما في باقي السبع الفلانة .

(٤) قاعدة : ضمان الغصب أوسع من ضمان العقود ٤ .

(٥) في (ع) ، (م) و (ن) : قبل [.

(٦) انظر الحارثي الكبير (١٦١/٧) وفيه : ولأن منافع الغصب أعم من ضمان العقد ، وضمان المنافع أعم من ضمان الأعيان ؛ لأن الوقت مضمون بالغصب دون العقد ، ويصح انعقد به على المفعة دون الرتبة ، فلما ضمنت المنافع بالعقد فأولى أن تضمن بالغصب ، ولو ضمن بالغصب الأعيان فأولى به المنافع ، فيكون هذا ترجيحاً في الأصلين من طريق الأولى ٥ .

(٧) في (و) : فلا تضمن [

إذا ضمن العين الموصوبة يسقط ضمان منافعها لأجل ضمانها .

١٦٢٩٢ - قالوا : المنافع مال بدلالة جواز الوصية بها ^(١) .

١٦٢٩٣ - قلنا : الكلب عندكم موصي به ، وليس بمال ^(٢) . ولأن جواز الوصية بالمنافع يدل على جواز تملكها ، وقد تملك الأموال وغيرها ، بدلالة أن الإنسان يملك بالمقد على من يلي عليه ، وليس ذلك بمال . ويملك المقذوف الحد عندهم وليس بمال . وكذلك يملك القصاص وليس بمال . وقد يملك بالوصية التصرف كما يملك المنافع ، وإن لم يكن التصرف مالا .

١٦٢٩٤ - قالوا : لو أوصى بمنافع عبد اعتبرت من الثلث فدل أنها مال ^(٣) .

١٦٢٩٥ - قلنا : هذا غير مسلم ولا يعتبر عندنا خروج الرقبة من الثلث ؛ لأنها خصصت من الورثة ، ولهذا نقول : لو عقد المريض على المنافع بغير مال فإن أعارها لم يعتبر ذلك من الثلث .

• • •

(١) الحاروي الكبير (١٦٠/٧) : المضي مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) .

(٢) رد المارودي على ذلك فقال : لا يدخل عليه الكلب ، لأن الرصية به بدل تملك لا تملك ، انظر الحاروي (١٦٠/٧) .

(٣) الحاروي الكبير (١٦١/٧) وفيه : ولأن الرصية بالمنافع معتبرة من الثلث فكانت مالا كالرقب .



إجارة المصوب

١٦٢٩٦ - قال أصحابنا : إذا أجز المصوب فأخذ أجره المصوب ملكها ،
ولزمه أن يتصدق بها ، ولا شيء عليه للمصوب مه ^(١) .

١٦٢٩٧ - وقال الشافعي : على المصوب الأجر ^(٢) .

١٦٢٩٨ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « الغلة بالضمان » ^(٣) والمصوب ضامن
فكانت الغلة له ^(٤) .

١٦٢٩٩ - ولأنه انفرد بعقد الإجارة فكانت الأجرة له ، ولا يلزمه أجره لغيره
كالراهن ^(٥) .

١٦٣٠٠ - ولأن كل من لو أجز ملك نفسه كانت الأجرة له ، فإذا أجز ملك غيره

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) ، تبين الحقائق (٢٢٥/٥) ، الهداية (١٣/٤) ، المبسوط (٧٧/١١) ، بدائع الصنائع (١٤٥/٧) ، تكملة البحر الرائق (١٢٩/٨) وعبارة السرخسي : « جل عصب عبداً أو دابة فأجزه وأصاب من غلته فالغلة للمصوب ، ويؤمر أن يتصدق بها » .

(٢) وبه قال المالكية وابن شبرمة . انظر شرح الخرشني (١٣٧/٦) ، المدونة الكبرى (٣٥٩/٥) ، مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) وكتاب الأم (٢٥٤/٣) ، الإشراف (٣٤٣/٣) ، الحاوي الكبير (١٥٨/٧) ، روضة الطالبين (٦٥/٥) . وعبارة النووي : « ولو أجز العين المصوبة غرم المستأجر أجره المثل للمالك . وأما عقد الحاملة إذا أجز المصوب فالإجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع ، ولذلك تضمنت أنهما شاء أجز مطلقاً ، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك ؛ لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة ، إلا أن يزيد أجز المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ، ويسقط عنه المسمى في العقد . وإن كان دفعه إلى المصوب رجع به . المضي مع الشرح الكبير (٤١٣/٥) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب من اشترى عبداً فامتصه ثم وجد به عيباً (٢٨٤/٣) رقم ٣٥٠٩ . روي الترمذي في سننه كتاب البيوع باب ما جاء في من يشتري البعد ويستلمه ثم يجد به عيباً (٥٧٢/٣ ، ٥٧٣) وابن ماجه في سننه كتاب التجارات باب الخراج الضمان (٧٥٤/٢) والنسائي في سننه كتاب البيوع (٢٥٤/٧ ، ٢٥٥) باب الخراج الضمان ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع ، باب المشتري يجد ما اشترى عيباً وقد امتصه زماناً (٣٢١/٥) والإمام أحمد في مسنده (٤٩/٦) .

(٤) للمبسوط (٧٧/١١) .

(٥) تكملة البحر الرائق (١٢٩/٨) حيث جاء « لأن النافع لا تقوم إلا بالعقد ، والمعاقد هو المصوب فكان الأجرة له » .

لم يلزمه أجره ، وكانت الأجرة له ، أصله المستأجر إذا أجر والولي والوكيل .
 ١٦٣٠١ - ولأنه أجر ما ليس له أن يوجره من غير إذن ، فلم تلزمه أجره ، وكانت الأجرة له ، كالبائع إذا أجر العبد في يد المشتري ^(١) .

• • •

(١) لم يتعرض الإمام القدوري على خلاف عادته لذكر أدلة المخالف مع الرد عليها طبقاً لما جاءه في كتب المذهب الحنفي وغيره دليل مذهب اشاعية : أن الأجرة عوض للمنافع للمسلوكة لرب الدار فلم يملكها الناصب كموض الأجزاء . ويرد الأخناف بقولهم : نسلم أن الأجرة عوض للمنافع للمسلوكة لرب الدار ولكن المنافع محرر مفسومة عدنا ، إذ النصب لا يثبت إلا بيد مفعولة ليد المالك وذلك لا يتحقق في المنافع ، لأنها لا تنبي وقص فلا تصور كونها في يد المالك ثم انتقالها إلى يد الناصب . ثم إن المنافع لا تنفرد إلا بالعقد والعائد هو الناصب ، فإذا هو الذي جعل منافع العبد بقصد مالا فكان بدلاً له . والأهم من ذلك كله أن المنصوب في هذا الوقت كان في ضمان غير المالك ، لقوله **فَقِيلَ** الخراج بالضمان ، فحين كان في ضمان غيره فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك . ويؤثر أن تصديق بها لأنها حدثت له بكس حيث . وإن مات المنصوب فالناصر صامن بقيمته وله أن يستعين بتلك الخطة في ضمان القيمة ، لأنها ملك وما فضل بعد ذلك تصديق به اعتصاراً للجره بالكل . نظر المخي مع الشرح الكبير (٤١٤/٥) والشروح (٧٨ ، ٧٧/١١) .



ولد الجارية المفضوبة

١٦٣٠٢ - قال أصحابها : إذا غصب جارية فولدت في يده لم يضمن الولد ، إلا أن ينقله . أو يطالبه مالكه فيمنعه ^(١) .

١٦٣٠٣ - وقال الشافعي رحمته الله : يضمن الولد ^(٢) .

١٦٣٠٤ - وقال المروزي ^(٣) : لا يضمنه إلا أن تضعه حيا ثم يموت . وقال بعضهم : يضمه بقيمته إن كان حيا ^(٤) .

١٦٣٠٥ - والكلام في هذه المسألة في فصلين . أحدهما : في الحمل الحادث في يد الفاعب ، والثاني في الحمل الموجود حال الغصب .

١٦٣٠٦ - فأما الفصل الأول فالكلام فيه قد تقدم في مسألة المفضوبة إذا زادت في يده . والوجه فيه : أن الحمل زيادة حدثت في يده بغير فعله [فلم تحدث مضمونة . كذلك الوديعة . وإن شئت قلت [عين] ^(٥) حدثت في يده بغير فعله] ^(٦) كالثوب تلقى الريح في داره أو في حجره .

١٦٣٠٧ - وإذا ثبت أنه أمانة لم يضمن إلا بما تضمن به الأمانات من المنع والتعدي .

١٦٣٠٨ - ولأن غصب الأم لا يوجب ضمان الولد الحادث في يده . أصله إذا كان

(١) البسوط (٥٤/١١) ، الهداية (١٩/٤) ، تبين الحقائق (٢٣٢/٥) ، تكملة البحر الرائي (١٣٧/٨) ، (١٣٨) .

(٢) الحارثي الكبير (١٥٠/٧) ، للمهذب لشيرازي (٣٧٠/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٩٤/١٤) .
(ب) ، روضة الطالبين (٦٥/٥) قال الماوردي : ولد المفضوبة مضمون على الفاعب ، سواء كان الحمل موجودا عند الغصب أو حادثا .
(٣) سبق ترجمته .
(٤) وإن ألتفت الجارية الولد ميتا ففيه وجهان : أحدهما : أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع ، كما لو كان حيا وهو ظهر النص ، لأنه عصبه بنصب الأم فضيحه بالتلف كالأُم . والثاني . أنه لا يضمنه ، وهو قول أبي إسحاق (لمروزي) لأنه إما يقوم حال الحملولة بينه وبين المالك ، وهو حال الوضع ، ولا قيمة له في تلك الحال ، ولم يضمن . وحمل النص عليه إذا ألتفت حيا ثم مات . للمهذب (٣٧٠/١) ، حلية العلماء (٢٢٦/٥ ، ٢٢٧) .

(٥) ما بين المكوثرين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٦) ما بين المكوثرين ساقط من (ع) ، (م) .

حرًا أعتقه المولى .

١٦٣٠٩ - ولا يقال : إن الحر لا يضمن كالغصب ؛ لأننا لا نسلم ذلك في الصبر لأنه يضمن إذا تلف بالأسباب التي يمكن الحفاظ منها .

١٦٣١٠ - ولأنه ثناء مغصوبة فلم تحدث مضمونة ، أصله الجارية التي خلعت عليها والتي أوصى له بحملها .

١٦٣١١ - فإن قيل : المعنى أن الولد ملكه .

١٦٣١٢ - قلنا : لا يتمتع أن يضمن ملكه إذا تعدى في التصرف فيه ، كما يُفْسَق الزاهر الرهن ، وههنا هو متعد عند مخالفتنا في الولد حين تعدى في الأم . وأما الكلام إذا غصب الأم وهي حامل .

١٦٣١٣ - ولأن كل سبب لا يضمن به الحر لا يضمن به حمل الآدمية . أصله العقود وعكسه الجنابة . ولا يلزم ولد الصيد .

١٦٣١٤ - ولأن خصصنا / الحمل بحمل الآدمية . ولأنه حمل المغصوبة فلم يضمن من غير جنابة فيه . أصله إذا كان الولد حرًا .

١٦٣١٥ - ولأن الغصب معنى لا يحصل [من غير جنابة فيه . ولأن العصب ^(١) لا يحصل إلا بإزالة يد المالك عنه ، فلا يصح في الحمل كالرهن .

١٦٣١٦ - ولأنه ضمان وجب للآدمي بالتعدي في الأم ، فلا يتعلق بالولد كالجنابة على الأم ، ولأنه ضمان فعل لا يتعلق بحكم عقد سابق ، فلا يكون ضمان الأم سببا في ضمان الولد كالجنابة .

١٦٣١٧ - ولأنه ضمان لا يتبع الولد الأم فيه شرعًا فلم يتبعها « شرعًا » ^(٢) كضمان الجنابة وعكسه الرهن والبيع .

١٦٣١٨ - احتجوا بأن كل ما ضُمن بالغصب خارج الوعاء ضُمن كذلك إذا كان في الوعاء ، كالدر في الصدف ، والدرهم في الكيس ^(٣) .

١٦٣١٩ - قلنا : ضمان الغصب ضمان النقل ، بدلالة أنه لو حال بين المالك وملكه ، ومنع من الانتفاع به لم يضمنه . والنقل من الكيس نقل لما فيه ؛ لأن ثبوت اليد على

(١) ما بين المكروطين سابق من (ن) . (٢) في (ع) ، (م) : [شرعًا] .

(٣) انظر هذا الدليل في الخاري الكبير (١٥٠/٧) وعبارته : « ولأن ما صح أن يضمن بالغصب يخرج وعاله صح »

الطرف ثبوت يد على ما فيه لأنه يمكن التصرف ، فيه وثبت [اليد] ^(١) على الحاربه لا يوجب ثبوت اليد على حملها ، فلم يوجد فيه القبل فلم يصح ضمانه من غير نقل . ولأن الدراهم في انكيس لما ضمها بغصب الكيس ضمنها منفردة منه كما لو أفردها بالغصب ، ولو ضمن الحمل بغصب الأم ضمنه منفرداً عن الأم ، فلما لم ينفرد بالضمان دل على مفارقة الأصل للفرع .

١٦٣٢٥ - قالوا : كل ما ساوى العين ملكاً ساواها الغصب ، كالزيادة للرجودة حال الغصب ^(٢) .

١٦٣٢٦ - قلنا : زيادة البدل يحصل فيها بالنقل والتحويل ، وضمان الغصب متعلق به . واحمل لا يصح فيه النقل والتحويل ، فلم يساو الأصل في الضمان ، مع افراق الأصل والحمل في سبب الضمان .

١٦٣٢٧ - ولأن زيادة البدن تساوي الأصل في الغصب إذا ساوت الأصل في النقل . كذلك الولد إذا ساوى الأم في القتل و « إيقاع » ^(٣) الفعل فيه ساواها في الغصب .
١٦٣٢٨ - قالوا : كل ما ضمن به الولد منفصلاً ضمن به متصلاً ، كأخذ المحرم الصيد ^(٤) .

١٦٣٢٩ - قلنا : لا نسلم أن حمل الصيد مضمون ، وإنما يُضمّن عندما يترك إرساله بعد الولادة ، لأن المالك طالبه بإزالة يده ^(٥) عنه ، فكيف يقول إنه يضمنه حال الاتصال .

١٦٣٣٥ - ولأن ولد الصيد مضمون لحق الله تعالى ، وقد طلب إزالة يده عنه ،

أن يضمن به في وعائه كالدرهم في كيس والحلي في حق . وانظر أيضاً التكملة الثانية للمجموع (٢٤٩/١٤) .

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) انظر الحاروي الكبير (١٥٠/٧) وعبارته : « لأنه متصل بالمغصوب ، فصح أن يكون مضموناً كالشئين » ولأن ما ضمن بالحماية ضمن بالمصعب كالتفصيل .

(٣) في (ع) ، (م) : [ارتضاع] .

(٤) الحاروي الكبير (١٥٠/٧) وعبارته : « ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان الصيد . ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم ، فولد الغصب أولى أن يكون مضموناً . ويحرم من اعتلاله فإسان أحدهما أن ما ضمن به الأم من التعدي ضمن به الولد كالصيد على المحرم ، والثاني : أن ما ضمن به ولد الصيد ضمن »

ولد المعصية ، كما لو منع .

(٥) في (ن) : [ملكه] .

فضمن بترك إزالة اليد مع المطالبة ، وولد المفضوبة يضمن لحق الآدمي ولم يوجد من جهته مطالبة بالرد ، فلم يضمن .

١٦٣٢٦ - ولا يجوز اعتبار أمر الله تعالى الغاصب بالرد ؛ لأن ما يضمن لحق الآدمي يعتبر بمطالبة ^(١) الآدمي . ألا ترى أن إذن « المالك » ^(٢) في تناول ماله يسقط الضمان ، وإن الله تعالى في تناوله عند حاجة المضطر لا يسقط الضمان .

١٦٣٢٧ - ولأن الصيد يضمن بالأسباب عندنا قبل الدلالة ، فجاز أن يضمن بالسبب الذي هو غصب الأم . وضمان مال الآدمي لا يضمن بالسبب الذي هو الدلالة ، كذلك لا يضمن بحصول يده على الأم فتبين الفرق بينهما ، إذ المالك لو أتلف المنصوب في يد العاصب لسقط الضمان . ولو ألمات الله تعالى الصيد في يد المحرم لم يسقط ضمانه ، وإن كان الإتلاف بفعل « الآدمي المالك » ^(٣) .

١٦٣٢٨ - قالوا : « النساء » ^(٤) ليس له حادث في يده من أصل مضمون عليه يد متعدية ، فوجب أن يكون مضموناً عليه . أصله ولد الصيد في يد المحرم ^(٥) .

١٦٣٢٩ - قلنا : يبطل بالولد الحر تثبت عليه اليد ، كما تثبت على العبد . وهذا معلوم مشاهد ، لهذا إذا أسلم الأجير الخاص نفسه ولم يعمل استحق الأجر ، فدل أن اليد تثبت عليه وإن لا يضمن باليد يلزمه النقص .

١٦٣٣٠ - ولأن اعتبار حدوثه في يده لا يؤثر ؛ لأن الحادث الموجود عند الغصب مضمون عندهم وهو القليل ، وإنما زاد في ألفاظ العلة لوع من الناس ثم لم يتخلص منه .

١٦٣٣١ - وقولهم : يد متعدية لا يؤثر في الأصل ولا في الفرع ، لأنه لو أخذ العين بظنّها له فليس بمتعدٍ وبضمنها ، ولو أخذ الصيد للضرورة فليس بمتعدٍ وبضمنه .

١٦٣٣٢ - قالوا : الضمان يتعلق بالأم فسرى إلى الولد ^(٦) .

١٦٣٣٣ - قلنا : لا نسلم أن الضمان حكم متعلق بالأم ، وإنما هو متعلق بذمة الغاصب . وكذلك يسري ضمانها إلى ولدها إذا كانت أمة .

(١) في (ع) ، (م) : [مطالبة بحذف حرف الباء] .

(٢) في (ع) ، (م) : [المالك] .

(٣) كلمة الآدمي ساقطة من (ع) ، (م) ، (ن) وكلمة المالك ساقطة من (ح) إلا أنها موجودة في الهامش .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) : [١٤]

(٥) انظر الحواشي الكبير (٧/ ١٥٠) .

(٦) انظر المرجع السابق (٧/ ١٥٠) .



متى يضمن المورور ؟

١٦٣٣٤ - قال أصحابنا : يضمن المورور قيمة الولد يوم الخصومة ^(١) .

١٦٣٣٥ - وقال الشافعي : يضمن حين وضعه حيا ^(٢) .

١٦٣٣٦ - لنا : أن كل وقت لم يطالب بقيمة ولد المورور لم يعتبر قيمة ولد المورور فيه ، أصله حال العلوق .

١٦٣٣٧ - وهذه مبنية على أن ولد المتصورة أمانة ^(٣) ، وإنما يضمن بالمطالبة .

١٦٣٣٨ - فأما قبل ذلك لا ضمان عليه فلا تعتبر القيمة .

١٦٣٣٩ - احتجوا : بأنه منع المالك من التصرف في الولد حين ولّده ، لأنه حكم بحريته ، فوجب أن يلزم الضمان حين المنع ^(٤) .

١٦٣٤٠ - قلنا : المنع من التصرف مثل قبل الوضع ، لأنه كان يقدر على عتقه لولا المورور ، وقد منعه من التصرف الذي هو العتق ، ولم يضمن قيمته قبل الوضع عندهم ^(٥) .

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٧٧/٤) ، التناوي الهندية (١٥٥/٥) ، نتائج الأفكار (٣٤٩/٩) قال صاحب التناوي الهندية : اشترى جارية فاستولدها ثم استحيقت ، فالولد حر الأصل وعليه للمولى قيمة الولد ، فكما نقيض على الله بحضرة الصحابة وتعتبر قيمة الولد يوم الخصومة . وجاء في مختصر اختلاف العلماء : قال أبو حنيفة : إذا غصبه شيئا بما يكال أو يوزن فانقطع من أيدي الناس فمليه قيمته يوم يحتصمون . وقال أبو يوسف : يوم غصبه ، وقال زفر ومحمد : آخر ما انقطع من أيدي الناس .

(٢) كتاب الأم (٢٥٢/٣) ، الحاوي الكبير (١٥٣/٧) ، روضة الطالبين (٦١/٥) ، حلية العلماء (٢٢٧/٥ ، ٢٢٨) . وجاء في حلية العلماء : إذا ألفت الأمة المتصورة ولداً ميتاً ففيه وجهان : أحدهما : وهو قول أبي إسحاق أنه لا يضمنه . والثاني : أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع وهو ظاهر النص .

(٣) المبسوط (٥٤/١١) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٥٣/٧) وهو في صدد رد قول الحمية .

(٥) الحاوي الكبير (١٥٦/٧) ، أسنى المطالب (٣٦١/٢) وعبارة الحاوي . هذا أحد الوجهين في المذهب ، وهو الأصح ، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة : أنه لا يكون مضموناً أي إذا غصب جارية فوضعت ولداً ميتاً أنه لا يكون مضموناً ، لأننا لا نعلم له حياة متينة حتى يضمن بالتلف ويستقر عليه حكم المالك . والوجه الثاني : أنه قول أبي العباس بن سريج وهو الظاهر من قول الشافعي **فكفله** أنه يكون مضموناً بقيمته لو كان حياً ، كما يسميه بالجمانية إذا سقط ميتاً .

١٦٣٤١ - قالوا : ما قبل الوضع لا نعلم حياته ^(١) .

١٦٣٤٢ - قلنا : إذا وضعته حيًا فقد تيقنا وجود الحياة قبل الوضع .

• • •

(١) انظر روضة الطالبين (٦١/٥) ، الحاوي الكبير (١٥٣/٧) ، أمسى للطلاب (٣٦١/٢) .



رجوع المقرور على الفار

١٦٣٤٣ - قال أصحابنا : لا يرجع المقرور على الفار بالفقر ^(١) .

١٦٣٤٤ - وهو قول الشافعي في الجديد ^(٢) .

١٦٣٤٥ - وقال في القديم : يرجع عليه بالفقر وبالأجرة ^(٣) .

١٦٣٤٦ - لنا : أنه يدل عما نسلم له فلا يرجع على غيره ؛ أصله إذا اشترى طعاما فأكله ثم استحق لم يرجع بالقيمة على البائع ، ولا يلزم قيمة الولد ، لأنه جزء القيمة ؛ يدل على الرق ^(٤) ، وذلك لم يسلم له .

(١) المقر : هي مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة ، وسمي المقر عقراً لأنه يجب على الواطئ بمقره إياها بإزالة بكرتها ، هذا هو الأصل ثم صار لليب وغيرها . قال النووي : المقر بالضم دية مروج المرأة إذا غصبت على نفسها ، ثم كثر حتى استعمل في المهر . وقال الطبري : المقر صدق المرأة إذا وطئت بشبهة . انظر طلبة الطلبة ص ١٣٤ و ١٣٥ ، التوقيف على مهمات التعاريف معجم لغوي مصطلحي محمد عبد الرؤوف المناوي تحقيق د . محمد وضوان ، ط دار الفكر للمعاصر بيروت ، المغرب ص ٣٢٢ . وانظر هذه المسألة في اختلاف أبي حنيفة وإن أي ليلي للإمام أبي يوسف بقرب بن إبراهيم تصحيح وتعليق الشيخ أبي الفداء الأتقاني ص ١٣ ط مطبعة الرواة ، مختصر اختلاف المساء (١٤٤/٣) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٥) ، المبسوط (٧٠/١١) ، (٧١) ، تبين الحقائق (٢٣٤/٥) وفي اختلاف أبي حنيفة وإن أي ليلي : « وإن اشترى الجارية فوطئها فاستحقها وحل قضى له بها القاضي ، فإن أبا حنيفة كان يقول : على الواطئ مهر المثل على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها بحكم به فوا عدل ، ويرجع بالثمن على الذي باعه ولا يرجع بالمهر ، وبه تأخذ » وهو قول محمد كما في المبسوط . وكان ابن أي ليلي يقول : على الواطئ المهر ويرجع بالثمن والمهر ، لأنه قد غره صها .

(٢) روضة الطالبين (٤٦٥/٣) ، الحاروي الكبير (٣٠٧/٦) ط دار الفكر ، مختصر خلافات البيهقي (٣٢٧/٢) ، حلية العلماء (٢٦٦/٤) وعبارته « فإن اشترى أمة تزوجها ولم يعلم بالتزويج حتى أفضها فزوج فحل بجزء له الرد بسبب التزويج على قولين . أحدهما : لا يرد ويرجع بالأرض ، والثاني : له الرد » .

(٣) انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة . ويلاحظ أن الشافعية لم يصحوا بتصنيف هذين القولين ص حيث أنهما جديدان أو جديد وقديم كما ذكره الإمام القدوري ، فقالوا : إن فيها قولين ، إلا أن الإمام البيهقي ذكر في السنن الكبرى (٢١٩/٧) كتاب النكاح باب من قال يرجع المقرور بالمهر قول الشافعي في القديم : نفي مهر وعلي وإن عياس في المقرور يرجع بالمهر على من غره . وقال في الجديد : لا يرجع بالمهر فهذا يدل على تغير القولين لمسنوين للشافعي ، وتصنيفهما إلى قديم وجديد .

(٤) حكينا في (د) وفي (ص) ، (ع) ، (م) : [يدل على الرق] .

١٦٣٤٧ - فإن قيل : دخل في العقد ليسلم له الاستباحة من غير عوض ، كما لو دخل ليسلم له الولد من غير عوض ، فإذا رجع رجع بما غرم من قيمة الولد كذلك العقد .
 ١٦٣٤٨ - قلنا : الولد مُوجب بالعقد ، بدلالة أنه يجوز أن يُستحق بالشرط .
 والمنفعة غير موجبة بعقد البيع ، بدلالة أنها لا تستحق به شرطاً ، وما ليس بموجب لا يثبت لأجله رجوع .

• • •



إكراه الرجل امرأة على الزنا

١٦٣٤٩ - قال أصحابنا : إذا أكره ^(١) الرجل امرأة على الزنا فعليه الحد ولا مهر عليه ^(٢) .
 ١٦٣٥٠ - وقال الشافعي : عليه الحد والمهر ^(٣) .

(١) الإكراه لغة . من الكره بالمتح ، وهو المشقة ، وبالضم القهر . وقيل بالفتح الإكراه وبالضم المشقة . وقيل ما لثمان في مشقة . وهو الإكراه والحمل على فعل شيء ، كما قرأنا تقول : أكرهته على أمر إكراهاً أي حثته عليه قهراً . ويقال فثقت تخوفاً بالفتح أي إكراهها ، وعليه قوله تعالى : في سورة القصص ، الآية ١١ ﴿ طَوَّيْنَا أُنُوسًا كَذِبًا ﴾ مقابل بين الفضلين . قال المراء : الكره بالضم : المشقة . يقال قميت على كره ، أي على مشقة . انظر للصبح المير (٦٤٣/٢) مادة كره ، لسان العرب (٣٨٦٥/٥) ، طلبة الطلبة ، ص ٣٢٣ ، المغرب ص ٤٠٦ . وفي الاصطلاح : هو اسم لفعل بفعله المرء بغيره فيتضي به رضاه في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب . انظر للنسود ، (٢٨/٢٤) .

(٢) انظر المبسوط ، (٩٠/٢٤) ، بدائع الصنائع ، (١٨١/٧) وعبارة السرخسي : وفي كل موضع يجب الحد على المكره لا يجب للمهر لها ؛ إذ الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بسبب فعل واحد ، وهو قول الإمام أحمد . رواه عنه ابن منصور . واختاره أبو بكر : أن الثبت لا مهر لها ، وإن أكرهت . انظر المغني مع الشرح (٤١٣/٥) . (٣) كتاب الأم للشافعي (٢٦٤/٣) ، مختصر المزني مع الأم (٣٩/٣) ، الوجيز (٢١٣/١) ، الحاوي الكبير (١٦٣/٢) ، مغني المحتاج (٢٩٣/٢ ، ٢٩٤) وعبارة الحاوي : قال الشافعي بثلثة : ولو استكره أمة أو حرة فعليه الحد والمهر . وقال الماوردي وهذا كما قال : إذا استكره الرجل امرأة على نفسها ، حتى وطئها كرهاً وجب عليه الحد دونها . واختلفوا في وجوب المهر لها ؛ فذهب الشافعي إلى وجوب المهر عليه حرة كانت أو أمة . وقول الشافعية قال الإمام أحمد في رواية ، وهي الأصح . انظر للمغني مع الشرح الكبير (٤١٦/٥) ، الإصناف (١٦٨/٦) . وعند المالكية أقوال مختلفة . قال محمد بن المواز : اختلفوا في وجوب الصداق لها على ثلاثة أحوال : الأول : أنه يجب لها ، وهو قول مالك في رواية أشهب ، والثاني : أنه لا يجب لها ، وهو قول ابن القسيمي في رواية عيسى عنه من كتاب الحدود . الثالث : أنه يجب لها الصداق إن كانت حرة ، ولا يجب لها إن كانت أمة . وهو قول ابن ماجة . وقال الباجي : إن كانت حرة عليها صداق مثلها على من استكرهها ، ويجب على المكره الحد . وفي الأمة ما نقصها بكراً كانت أو ثيباً ، ثلثاً لثابتة المالية عليها . وذكر ابن رشد الحفيد : أن عليه الصداق وسد جميعاً قولاً واحداً . انظر : التحصيل والبيان (٢٣٤/١١) ط دار الغرب الإسلامي ، المنشئ للماج (٢٦٨/٦) ، بداية المجتهد (٣٢٤/٢) ، الذريعة (٣٠٦/٨) والمحصل أد مدعب الإمام أبي حنيفة وأصحابه ومن القاسم من المالكية والإمام أحمد من حبل في رواية منصور عنه أنه يجب عليه الحد ولا مهر لها . وذهب الإمام الشافعي والمالكية في المصنف في رواية أشهب والمخالفة في أصح الروايات إلى وجوب الحد عليه والمهر لها . وانفرد ابن الماحشون من المالكية بالتمرقة بين الحرة والأمة فأوجب المهر للحرة دون الأمة

١٦٣٥١ - لما قوله تعالى : ﴿ أَزْوَاجَهُمْ وَالَّذِينَ فَاتَخُوا مِنْهُنَّ يَتَرَفَعْنَ فِيهَا وَبِغْيَتِهِمْ بِأَنَّهُمْ حُلُمٌ ﴾ (١) ظاهر الآية أنها بيان جميع الحكم الواجب على الزاني ، ولو كان يجب عليه غير الحد لذكره .

١٦٣٥٢ - ولا يقال النبي ﷺ يَرِيَّ حُكْمَ الزَّانِينَ ، وهذا لا مهر للزانية ، وذلك لأنه تعالى ذكر حكم الزاني والزانية ، وهذا لا يقتضي اجتماعهما ، بل يقتضي وجوب الحد على كل واحد ، إذا وجد منه الزنا ، وإن لم يكن الآخر زانياً . وهذا كقوله ﴿ وَالزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا ﴾ (٢) [ظاهره] (٣) يقتضي وجوب القطع على كل واحد ، وإن لم يشاركه (٤) الآخر في السرقة .

١٦٣٥٣ - فإن قيل وجوب الحد لا ينفي وجوب المهر . قلنا لم نستدل بالآية من هذا الوجه ، وإنما قلنا : إنه معنى الحكم الواجب على الزاني ، وكان بيان الحق الواجب للآدمي أولى ، لأنه أحوج إلى حقه .

١٦٣٥٤ - ولأن كل وطء يجب به المهر استوى فيه الإكراه والطوع ، كالوطء للنكاح الفاسد .

١٦٣٥٥ - ولا يلزم المجنون إذا أكره عاقلة على الوطء فوجب عليه المهر . وإن طأعته لم يجب . لأننا لم نوجب إذا طأعته من غير استدعاء ، وإنما سقط المهر إذا استدعته ، فالحكم يختلف بالاستدعاء وغيره ، لا يختلف بالطوع والإكراه . ولأنه وطء وجب (٥) به [الحد عليه فلم يجب عليه المهر لها ، أصله إذا طأعته (٦)] .

١٦٣٥٦ - « فإن قيل : » : المعنى في اللطاعة أن الحد يجب عليهما . قلنا : الحقن التي تجب للمرأة على وجه العوض يستوي فيه الزانية وغيرها ، بدلالة سائر حقوقها .

١٦٣٥٧ - فإن قيل (٧) المعنى في الزانية وجوب الحد عليها .

١٦٣٥٨ - قلنا : اعتبرنا في نفي المهر وجوب الحد على الواطئ ، واعتبرنا وجوبه على الموطوعة ، والوجوب يعود إلى فعله ، (٨) وكان وجوب السبب المنافي في حقه أولى

(١) سورة النور : الآية ٢ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٣) ما بين المكونتين ساقط من (ن) .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) [يشرك] .

(٥) ما بين المكونتين بدل من « له » الموجودة في جميع النسخ .

(٦) أحاب الماوردي من هذا الدليل فقال : « وأما قياسهم على اللطاعة فالمعنى فيه وجوب الحد عليها » .

انظر الخاوي الكبير (١٦٤/٧) .

(٧) في (ع) ، (م) : [قيل] .

(٨) عبارة « وكان وجوب يعود إلى فعله » مكررة في (ع) ، (م) .

١٦٣٥٩ - « فإن قيل » ^(١) الواجب لها وصفته الواجبة معتبرة بمنزلة الوجوب .
١٦٣٦٠ - قلنا : الواجب يعتبر في ثبوته صفة الموجب له والموجب عليه . ففتى لم يوجد محل الإنجاب لا يجب ، ألا ترى أن العبد إذا أكرمه مولاه على الوطء لم يحب المهر ، لأنه لا محل للإيجاب وإن كانت ممن يجب لها الحقوق .
١٦٣٦١ - كذلك في مسائلتنا الزاني ليس بمحل لوجوب المهر ، فلا معنى لاعتبار صفة من وجب له .

١٦٣٦٢ - فإن قيل : المعنى في المطاوعة : أنها رضيت بإسقاط حقها ، فصارت كمن أذن لغيره في قطع [يده ^(٢)] وأذن في أكل طعامه ^(٣) .

١٦٣٦٣ - قلنا : « الباذلة » والآدنة في الوطء هي التي وجد فيها زائد على الطوع . وأصل علنا المطاوعة ، وهي التي أمسكت عن المنع . وهذا المعنى لا يسقط الأعراض في الأصول ، بدلالة من لم يمنع « من إتلاف » ^(٤) ماله ومن إتلاف أعضائه لم يسقط ضمان ^{أي} ذلك وإنما يسقط إذا أذن و « بذل » ^(٥) وهذه صفة زائدة على الطوع .

١٦٣٦٤ - فلا يجوز لمخالفتنا أن يعارضنا في غير الأصل على أن هذا فاسد . لأن الأساب الموجبة يستوي فيها الرضاء بإسقاط البذل وعدمه في وجوب [المهر ^(٦)] بدلالة وطء المفوضة والمنكوحة نكاحاً فاسداً على أن لا مهر لهما ، ولو كان الوطء من غير عقد ولا شبهة موجب البذل استوى طوعها وإكراهها .

١٦٣٦٥ - ولأن الأمة لا مهر لها ، فوجب الحد على الواطئ ، ولا يجوز أن يكون أرضها بإسقاط المهر ، لأن مهرها حق لمولاهما وهي لا تملك إسقاطه ، فإن لم يسلموا هذا فقد دل عليه نهيه ^{عليه السلام} عن مهر البغي ^(٧) وهي الزانية ^(٨) .

(١) هكذا في (٥) وفي (ص) ، (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المتكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر المحاري الكبير (١٦٤/٧) .

(٤) في (ع) ، (م) : [إتلاف] . (٥) في (ع) ، (م) : [بذل] .

(٦) ما بين المتكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) روى البيهقي عن عطاء عن أبي هريرة ^{رضي الله عنه} أن رسول الله ^ﷺ نهى عن مهر البغي وعصب الفحل . في كتاب البيوع باب البغي من ثمن الكلب . وروى الإمام أحمد في مسنده عن عبد الله بن عباس أنه ^{رضي الله عنه} نهى عن مهر البغي وثن الكلب ونس المحرم . انظر السنن الكبرى (٦/٦) ، مسند الإمام أحمد (٢٣٥/١) ، مصنف ابن أبي شيبة (٢٠١/١٤) .

(٨) المحاري الكبير (١٦٤/٧) حيث أجاب الماوردي عن هذا الحديث فقال : فأما الجواب عن شبهة عن مهر =

١٦٣٦٦ - ولأنه وطء واحد فلا يجب به حد ومهر . أصله إذا وجد على فراشه امرأة فوطئها .

١٦٣٦٧ - ولأن الحد والمهر كل واحد منهما مُوجِبٌ للوطء ، وكل وطء تعلق به أحد موجب له لم يتعلق به الآخر ، بدلالة الوطء بشبهة . ولأن الحد سقط بالشبهة والمهر لا يسقط [بها] ^(١) ولا يختار بفعل واحد كالأرض والقصاص ^(٢) .

١٦٣٦٨ - ولأن الأسباب الموجبة للحدود لا يتنق بها المال ^(٣) أصله الردة والغذف .

١٦٣٦٩ - قالوا : يبطل بالزنا في رمضان حيث يتعلق به الحدود والكفارة .

١٦٣٧٠ - قلنا : لا يلزم على العلة الأولى لأن كل واحد من الحدود وكفارة العرم يسقط بالشبهة .

١٦٣٧١ - ولا يلزم على الثانية ، لأن الحد يجب بالوطء والكفارة لهتك حرمه الشهر وهما أمران مختلفان .

١٦٣٧٢ - ولا يلزم إذا شرب خمر الذي أنه يجب عليه الحد والضمان ولأن الضمان يجب بحصولها في فمه ، لأن ذلك استهلاك لها والحد بوصولها إلى جوفه ، وهما فعلان مختلفان ولا يلزم إذا زنى بها مكرهة فأفضاها ، لأن الحد يجب بالتقاء الحتاتين والإفضاء يكون بمجاوزة الموضع المعتاد للوطء ، وكل واحد من الفعلين غير الآخر .

١٦٣٧٣ - لا يلزم إذا وطئ امرأة ابنه قبل دخوله زوجها بها يقصد بذلك إفساد النكاح أنه يحد ويجب عليه ضمان نصف المهر .

١٦٣٧٤ - لأن الضمان عندنا لا يجب بالوطء بدلالة أن الزوج لو دخل بها لم يضمن الواطئ وكذلك لو لم يقصد ^(٤) الإفساد .

١٦٣٧٥ - وإنما يجب الضمان لأنه « قوت » ^(٥) عليه ضماناً ، فجاز أن يتخلص منه بوقوع الفرقة بفعل المرأة . وهذا معنى غير الوطء ، ألا ترى أنه بالرضاع على وجه الفساد ثبت الرجوع لتفريق المهر عليه .

= البني غروي بالمشهد يعني مهر الزانية ، واستكرهه غير راتية ، ألا ترى أن الحد ساقط عنها ، ولو كانت يجب لوجب الحد عليها . (١) ما بين المتكبرين ساقط من (ن) .

(٢) في (ع) ، (م) ، (ن) القصاص وهو الصواب أما في نسخة (ص) فليفظ « القصاص » . وهو خطأ

(٣) في (ص) : [الحدود] والصواب ما من أجهته من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٤) في (ص) : [العساد] . (٥) في (ع) ، (م) ، (ن) [عرق]

١٦٣٧٦ - فإن قيل : المعنى في القصاص والدية أنهما بدلان عن مبدل واحد ، فلم
يجز اجتماعهما كالمثل والقيمة ، وليس كذلك الحد والمهر ، لأنهما حقان بجمليتين
مختلفتين ، فلهمنا وجبا معا .

١٦٣٧٧ - [وكما] ^(١) لا يجوز اجتماع المثل والقيمة ، لا يجوز أن يجب مثلان ،
ولا قيمتان ^(٢) . ثم وجب في قتل النفس قتل جماعة ^(٣) وكل واحد منهم مثل ، فلم أن
انابع من اجتماع القصاص والدية ليس هو لما ذكره ، وإنما هو اختلاف « سبهما » ^(٤) .
وأما المهر والحد وإن وجب [بجمليتين مختلفتين] ^(٥) ، فسيبهما متناف ، بدلالة أن الحد
لا يجب إلا مع ارتفاع أسباب الاستحقاق وما جرى مجراها ، والمهر موضوعه أن يجب
عد العقود وما جرى مجراها ، فلم يجتمعا مع تنافي سببهما .

١٦٣٧٨ - احتجوا : بقوله ^(٦) : (فإن دخل بها فلها مهر مثلها بما استحل من
فرجها ^(٧)) .

١٦٣٧٩ - قلنا : استحل : استعمل من التماس الحيل ، وهذا « يوجد » ^(٨) في النكاح
والشبهة دون غيره .

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
(٢) ناعنة : لا يجوز اجتماع المثل والقيمة ، ولا يجوز أن يجب مثلان ، ولا قيمتان .
(٣) ذهب جمهور فقهاء الأمصار منهم الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وغيرهم إلى أن الجماعة
تقتل بالواحد ، وبه قال عمر بن الخطاب وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس من الصحابة وسعيد بن المسيب
والحسن وعطاء وثلاثة من التابعين ، وهو مذهب الثوري والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور . وروي عن عمر بن
الخطاب أنه قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل قتل غيلة ، وقال : لو قتلاً عليه أهل صناء لقتلهم جميعاً وفي
رواية أخرى عنه : لو اشترك أهل صناء لقتلهم « انظر السنن الكبرى (٤١/٨) ، الاختيار (٨٢/٤) وبداية
المجهد (٣٩٩/٢) نهاية المحتاج (٢٧٧/٧) للفتي (٢٦٨/٨) لابن قدامة بتصحیح محمد خليل هراس مطبعة
الإمام بمصر .

(٤) في (ع) ، (م) : [سبهما] .
(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .
(٦) روه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٠٧/٣ ، ٤٠٨) كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ،
رقم ١١٠٢ رروه أبو داود في مسنه (٥٦٦/٢ ، ٥٦٧) رقم ٢٠٨٢ عن عائشة كتاب النكاح ، باب في
الزنى رروه ابن ماسه في سنه (٦٠٥/١) كتاب النكاح رقم ١٨٧٩ باب لا نكاح إلا بولي ، ورواه الحاكم
في المستدرک (١٦٨/٢) كتاب النكاح ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٩/٧) كتاب النكاح ، والإمام
أحمد في مسنده ٦٦/٦ عن عروة عن عائشة . وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٦٣/٧) ووجه
الدلالة . أن للسكركه مستحل لفرجها فاقضى أن يلزمه مهرها .

(٧) في (ع) ، (م) : [بوجبه] .

١٦٣٨٠ - قالوا : كل ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد ضمن بالإكراه .
والغصب كالأعيان ^(١) .

١٦٣٨١ - قلنا : نقول عوجه إن المجنون إذا أكره امرأة فوطئها ضمن مهرها . والمضى في الأعيان لو أنف مع ترك مالها للمنع ضمنه . وكذلك إذا أنف مع الإكراه . ومنعه البصع لو أنف مع إمساكها عن المنع لم يضمن ، كذلك إذا استوفت ممن أكرهها لم يضمن .

١٦٣٨٢ - قالوا : ملتزم حق الإسلام صادف وطئه من يملك عليه بدل المتلف ، فإذا لم يجب الحد عليها كان لها المهر كالوطء بشبهة ^(٢) .

وقولهم : (ملتزم حكم الإسلام) : احتراز من الحربي إذا أكره مسلمة . وقولهم : (صادف وطؤه) احتراز مما إذا استدخلت ذكر النائم ، لأنه لم يوجد وطؤه .

١٦٣٨٣ - وقولهم : (من يملك عليه البدل) احتراز من وطء العبد مولاه أو أمه لسيده أو وطء المسلم حرية كرها . وقولهم : إذا لم يوجب الحد على الموطوعة احتراز من المطاوعة إذا وجب عليها الحد .

١٦٣٨٤ - الجواب : أن وجوب الحد عليها إذا نفى المهر فوجوب الحد عليه مثله ، لأن المعنى المنافي قارن سبب الوجوب .

١٦٣٨٥ - ولأن الوطء بالشبهة [لما لم يجب به الحد على الواطئ] جاز أن يجب به المهر ، ونكاحاً وجب بهذا الوطء الحد عليه لم يجب المهر كالمطاوعة .

١٦٣٨٦ - قالوا : الموطوعة بشبهة ^(٣) رضيت بالوطء ، فإذا وجب لها المهر فالمكرهة التي لم ترض بالبدل أولى ^(٤) .

١٦٣٨٧ - قلنا : قد بينا الأسباب التي تتعلق بها [المهر] ^(٥) ويستوي فيها الطوع والإكراه ، وهي الوطء بنكاح قاسد وشبهة ، والوطء الذي لا يتعلق به مهر ويستوي فيه

(١) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٦٤/٧) قال المارودي : « ولأن منافع البضع تجري محرم الأموال » لأنها تملك بعمد في النكاح وتلك بها عرض الخلع . ثم ثبت أن الأموال تصمن بالغصب ، وكذلك مبيع البضع .

(٢) انظر هذا المعنى في المص مع الشرح الكبير (٤١٣/٥) وعبارته « فإذا كان الواطئ من أهل الفضل في حنفها وجب عليها مهرها كما لو وطئها بشبهة » .

(٣) ما بين المكروهين سافط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المكروهين سافط من (ع) ، (م) .

(٥) (١٦٤ ، ١٦٣/٧) .

الإكرام والطهر . ولأننا بينا أن « المطاوعة » ^(١) ما يَنْدَثُ وإنما أُمسكت عن الامتناع ، وهذا ليس ببذل بدلالة المسك حتى يتلف ماله . قالوا : الحد يجب لحق الله تعالى والمهر لحقها ، وكل واحد منهما ينفرد عن الآخر فجاز أن يجزأ بفعل كل واحد كالجزاء والقيمة ^(٢) .

١٦٣٨٨ - قلنا : الحد يجب لحق الله تعالى ، والمهر يجب لحقه وحقها ، فهما كالحقين « مستحق » ^(٣) واحد . والمعنى في الجزاء والقيمة أنهما يجزيان لحق مستحق واحد بدلالة الصبي المذكور إذا أتلفه الحرم ، فجاز أن يجب لحق مستحقين ، والمهر والحد لا يجتمعان لحق مستحق واحد ^(٤) فلم يجتمعا لحق اثنين .

١٦٣٨٩ - قالوا : المهر يجب لإتلاف حقها ، والحد بفعل منهبي عنه لحق الله تعالى ، فإذا أكرهها فقد فعل ما حظر الله تعالى ، وأتلف حقها فاجتمع الواجبان كالجزاء والقيمة ^(٥) .

١٦٣٩٠ - قلنا : هذا يطل بالمطاوعة على ما أمرها ، وقد تكلمنا على الجزاء والقيمة ^(٦) .

١٦٣٩١ - قالوا : كل حكم تعلق بفعل محظور اعتبر ثبوته [ورضا ^(٧)] التلغ عليه ، بدلالة من بذل لغيره فقطع يده فالتقطع محظور ولا ضمان . ولو أكرهه على فتلها فالتقطع محظور ويجب الضمان ، واختلف الحكم باختلاف التلغ عليه ^(٨) .

١٦٣٩٢ - قلنا : إذا وطئها بتكاح فاسد مكرهة أو « باذلة » ^(٩) فلها المهر . وإن اختلفت صفتها [كذلك لا يجمع أن يسقط المهر في المطاوعة وإن اختلفت صفتها] ^(١٠) .

(١) في (ص) : (الطابعة) وفي (ع) ، (م) : [للمطابقة] والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٢) انظر هذا المعنى في بداية المجتهد (٣٢٤/٢) وعبارته وعمدة مالک أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للأسي فلم يسقط أحدهما الآخر ، أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والتقطع .

(٣) في (ع) ، (م) : [مستحق بحذف حرف اللام] .

(٤) ما بين المكروهين سائط من (ع) ، (م) . (٥) انظر بداية المجتهد (٣٢٤/٢) .

(٦) ما بين المكروهين سائط من (ع) ، (م) .

(٧) بدل من « سقومه » في السخ جسيها .

(٨) في هذا المعنى قال الماوردي في محل رده على أدلة الحنفية فقال : إن كان فعلاً منه فحكمه معتبر بحال من أتلف عليه . ألا ترى أن رجلاً لو قتل عبداً بإذن سيده سقطت القيمة عنه . ولو كان بغير إذنه وجبت القيمة عليه ، وهو في الحالتين قاتل عاص ، لكن سقط عنه في الحال الأولى لرضا التلغ عليه وإذنه وجب عليه في الحال الثاني لعدم رضاه وإذنه . كذلك للموطوعة إن طارعت فهي راضية بإتلاف بعضها بغير بدل ، وإن استكرهت فهي غير راضية بإتلافه على غير بدل . انظر المحاربي الكبير (١٦٤/٧) .

(٩) في (م) : [باذلة] وفي (ع) : [نادلة] . (١٠) ما بين المكروهين سائط من (ع) ، (م) .



غصب العقار وضمانه

- ١٦٣٩٣ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : العقار ^(١) لا يضمن بالغصب ^(٢) .
 ١٦٣٩٤ - وقال محمد : يضمن ^(٣) وبه قال الشافعي ^(٤) .
 ١٦٣٩٥ - وهل يكون العقار مفصوياً ؟ قال في الجامع الكبير ^(٥) : العقار لا يغصب .

(١) العقار بالغصب في اللغة : كل ما له أصل وقرار ثابت كالأرض والدار والضياع والتجديد والجمع عقارات . انظر لسان العرب (٣٠٣٧/٤) مادة عقر - والمصباح المنير (٥٧٦/٢) وكتاب الترمذيات ص ١٩٨ .
 (٢) انظر بدائع الصنائع (١٦٥/٧) والمبسوط (٧٢/١١) .
 (٣) هو قول الإمام أبي يوسف الأول ، وبه قال زفر بن الهذيل من الحنفية والإمام أحمد في رواية ابن منصور . انظر المبسوط (٧٢/١١) ، تبين الحقائق (٢٢٤/٧) ، الناية على الهداية (٣٥١/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٧٨/٥) .

(٤) انظر الوجيز (٢٠٦/١) ، حلية العلماء (٢٢٨/٥) ، الإشراف (٣٢٠/٣ ، ٣٢١) ، الخوازي (١٦٦/٧) ، المهذب (٣٧١/١) وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد في ظاهر مذهبه ، وهو المنصوص عن أصحابه ، وابن حزم ، ففي بداية الجتهاد واختلطوا في ما لا يتقل ولا يتحول مثل العقار فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب . أعني أنها لا تهدم الدار ضمن قيمتها . وقال القرافي : العقار عندنا يضمن بالغصب . وقال ابن قدامة : إنه يصور غصب العقار من الأراضي والدور ، ويجب ضمانتها على غاصبها . هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه . انظر بداية الجتهاد (٣١٦/٢) ، الذخيرة (٢٨٥/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٨/٥) ، الشرح الكبير مع للمغني (٣٧٥/٥) ، المبدع (١٥١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) ، الإنصاف (١٢٢/٦) ، المحلى (٤٤/٨) .

(٥) هو كتاب جامع الكبير في الفروع للإمام المجتهد أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩هـ . قال الشيخ أكمل الدين الباري عن هذا الكتاب هو كاسمه لجلال مسائل الفقه جامع كبير ، اشتمل على عيون الروايات ومفرد الدرايات ، بحيث كاد يكون مصحراً . وقد قام بشرحه كثير من الأئمة منهم الفقه أبو الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ وفخر الإسلام البرودي المتوفى سنة ٤٨٢هـ والقاضي الدبوسي المتوفى سنة ٤٣٠هـ وأبو جعفر الطحاوي المتوفى سنة ٣٧١هـ وأبو عبد الله المرحاني المتوفى سنة ٣٩٨هـ وأبو بكر الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ وغيرهم من الشراح . وهذا الكتاب مطبوع بدار إحياء التراث العربي بيروت . انظر كشف الظنون (٥٦٧/١ - ٥٧٠) ومقدمة الجامع الكبير (٣ - ٧) ، هذا وقد تصححه صفحة بعد صفحة ولم ير فيه هذه المسألة ولكن بالرجوع إلى مختصر الطحاوي وجدنا قول الإمام محمد بن الحسن أن العقار مضمون .

١٦٣٩٦ - وكذلك ذكر الطحاوي من أصحابنا من قال : ينصب ومن قال : لا يضمن بالنصب ^(١) .

١٦٣٩٧ - والدليل على أنه لا يضمن ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « من أخذ شيئاً من الأرض بغير حق طوقه [يوم القيامة] » ^(٢) من سبع أرضين ^(٣) .

١٦٣٩٨ - وروى يعلى بن مرة [الثقفى] ^(٤) أن النبي ﷺ قال : « من أخذ أرضاً

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، وعبارته « وس حال بين رجل وداره فحدث فيها في تلك الحال هدم أو ما أنشده من غير نعل الخاش بينه وبينها فإن أبا حنيفة كان يقول : لا ضمان في ذلك . وكان مذهبه أن الدرر لا تنصب ، وأنه لا ينصب إلا ما يجوز تحويله ونقله من مكان إلى غيره وأما أبو يوسف ومحمد فكانا يجعلانها بذلك منسوبة ، ويرجيان على ضمانها قيمة ما حدث فيها » وقال الطحاوي في اختلاف الفقهاء في كتاب النصب : « قال أبو حنيفة وأبو يوسف : المقار لا يضمن بالنصب ، إلا إذا أنهدم من فعله . وقال محمد : يضمن بالنصب ، وإن أنهدم من غير عمل » . والحاصل إن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على قولين : فذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف في قوله الثاني ، والإمام أحمد في رواية ابن منصور إلى أن المقار لا يضمن بالنصب . وذهب محمد وزفر وأبو يوسف في قوله الأول والإمام مالك والثيافي وأحمد في رواية وابن حرم إلى أن المقار يضمن بالنصب . وسبب اختلافهم في ذلك : هل كون يد الغاصب على المقار مثل كون يده على ما يقل ويحول ، فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمأن ، وهو قول محمد ومن معه ، ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً قال بعدم الضمان . وهو قول أبي حنيفة ومن معه . انظر الرابع السابقة في نفس المراضع .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ن) .

(٣) في صحيح البخاري كتاب المظالم باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وكانت بينه وبين أناس خصومة في الأرض فدخل على عائشة رضي الله عنها فذكر لها ذلك ، فقالت : يا أبا سلمة احبب الأرض ، فإن رسول الله ﷺ قال : من ظلم قيد شبر طوقه من سبع أرضين . وعن سالم عن أبيه قال النبي ﷺ : « من أخذ شيئاً من الأرض بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين » . (١٣٠/٤) وأخرج مسلم عن أبي هريرة في صحيحه كتاب المساقاة ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض (١٢٣١/٢) رقم ١٤١ - ١٦١٦ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي هريرة بلفظ من أخذ (٩٩/٦) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن أبي هريرة (٤٣٢/٢) وتلخيص الخبير (٥٣/٣) رقم ١٦٦٩ .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ن) . وهو الصحابي الجليل يعلى بن مرة بن وهب بن جابر الثقفي ، أسم رشده مع النبي ﷺ الحديبية ، وبيع يعة الرضوان ، وشهد خيبر والفتح وهوازن والطائف ، كان من أصحاب حمي بن أبي طالب ، سكن الكوفة ، وقيل سكن البصرة ، وروى عنه ابنه عبد الله وعثمان ، وروى عنه أيضاً عبد الله بن حفص وسعيد بن راشد وغيرهم . روى عنه ٢٦ حديثاً . انظر أسد الغابة (٥٢٥/٥) ، ٥٢٦ ط در الشعب ، والاستيعاب (١٤٩/٤) وتهذيب الكمال (٣٩٨٠/٣٣) وأسماء الصحابة الرواة ، وما لكل واحد من العدد لابن حزم تحقيق سيد حسن دار الكتب العلمية بيروت ص ١٠٨ الإصابة (٦٨٧/٦) رقم ٩٣٦٨ ط نهضة مصر القاهرة .

بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى الحشر^(١) قال النبي ﷺ ذكر الوعيد ، ولم يذكر الضمان وهو الحكم المعجل فهو كان واجباً لذكره^(٢) .

١٦٣٩٩ - ولأنه لم يُخْدِث فيه فعلاً فلم يصير غاصباً ، أو فلم يضمنه ضمان الغاصب ، كالمقولات إذا مُنِعَ صاحبها منها ولم ينقلها .

١٦٤٠٠ - ولأنه باقٍ في المكان الذي كانت يد صاحبه ثابتة عليه فيه ، فلم يكن مفصولاً ، أو لم يضمنه ضمان العصب . أصله المنقول إذا لم ينقله ، ولأن الضمان إذا تعلق بالفعل استوى فيه العقار وغيره أصله الإنلا ف . ومن علنا^(٣) أن ما سوى العقار لا يضمن ضمان العصب بالتخلى ، وكذلك العقار .

١٦٤٠١ - ولأن العقار ممنوع من الانتقال ، فصار كالعبد إذا رام غصبه فمعه من نفسه ، أو قلم يتابعه .

١٦٤٠٢ - ولا يلزم على ما ذكرنا جاحد الوديعة ، والشاهدان إذا رجعا ، وولد المفصولة إذا طوّل به فلم يرد ، والثوب تلقية الريح إلى داره فَيُطْلَب منه فلا يرد .

١٦٤٠٣ - لأن هذا كله عندنا ليس بغصب ، ولا يضمن بضمن الضمان الغصب ، وإنما هو ضمان آخر . فأما جاحد الوديعة والشاهدان إذا رجعا فهو ضمان تعلق بالقول لا بالفعل .

١٦٤٠٤ - ولهذا يقول أبو حنيفة رحمه الله : إن الصبي إذا جحد الوديعة لم يضمنها ، لأنه لا يضمن بالقول وكذلك العبد الجحود^(٤) .

١٦٤٠٥ - وكان أبو بكر الرازي يقول : إنه يضمن ضمان التحريك ، لأنها حكما له

(١) أخرجه الحفاظ أبو بكر الخطيب البغدادي في موضع أوهم الجمع والتفريق (٢٩٢/١) ط مؤسسة الكتب الثقافية عن أحمد بن أبي ثابت قال : سمعت يعلى بن مرة التقي يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أهد أرشقا بغير حق كلف أن يحمل ترابها إلى الحشر » ، وكذلك رواه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٥/٤) ، ذكر العمال (٦٤١/١٠) رقم ٣٠٣٦٤ .

(٢) انظر المبسوط (٧٤/١١) وتبيين الحقائق (٢٢٤/٥) قال السرخسي : حجتنا في ذلك الحديث أن النبي ﷺ بين جزاء غاصب العقار من الوعيد في الآخرة ، ولم يذكر الضمان في الدنيا ، فذلك الدليل على أن المذكور جميع أجزائه . ولو كان الضمان واجباً لكان الأولى أن يبين الضمان لأن الحاجة إليه أحر .

(٣) في (ص) ، (ع) ، (ن) : [علمنا] والصواب ما أثبتناه من (م) .

(٤) لأن كون المودع مكلماً شرط لوجوب احفظ عليه ، حتى لو أودع صبياً فاستهلكها لم يضمن ولو كان عبداً محجوراً ضمن بعد العتق . وأما بلوغ المودع فليس بشرط ، حتى يصح الإيداع من الصبي فأذن . نعم البحر الرائق لابن نجيم (٢٩٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٦) .

بحكم الملك [السابق] ^(١) في المجهود ، ويضمن الشهود باتلاف الملك ، بدلالة أن الشهود عليه لا يقبل ضرر نفسه . والعقار يضمن عندنا بالإتلاف ^(٢) .

١٦٤٠٦ - ولأن الشهود نقلوا الملك في الظاهر والعقار يضمن بقل الملك كالمبيع .

١٦٤٠٧ ب/١٨٧ - ومن أصحابنا من قال : جاحد الوديعة يضمنها بالقلل الثابت / بدلالة أنها لو هلكت قبل جحوده ضمنها ، فدل على أنه يضمن عند المجهود بالقلل السابق ^(٣) .
وأما ولد المصوبة إذا جحدته ، وولد الوديعة والثوب الذي ألقته الريح ، فضمانه بشبه ضمان الغصب وليس بغصب . [وهذا غير ممتنع] ^(٤) كضمان المقبوض بالسوم ، وبالبيع الفاسد ، وضمان العارية عند مخالفتها .

١٦٤٠٨ - ولأن هذا قد جرى مجرى المنقول وإن لم يقل ؛ بدلالة أنه في مكان لم يكن يد المالك ثابتة عليه فيه ، مع منع المالك منه . ويدل عليه أن كل عين لا يجب القطع بسرقتها لا يجب الضمان بثبوت اليد عليها . أصله الحر .

١٦٤٠٩ - ولأن الضمان أخذ ما يستوفى من السارق فلم يتعلق بأخذ العقار . أصله القطع ، ولأن ما يصح سرقة لا يصح غصبه . أصله الحر .

١٦٤١٠ - احتجاجا بما روي أن رجلاً من حضرموت ^(٥) ورجلاً من كندة ^(٦) تحاكما إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي : أرضي غصبها [وهي في يده] ^(٧) أبو هذا ، ولم ينكر عليه ﷺ ذلك ^(٨)

(١) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) هنا سنفق عليه انظر مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الرازي (١٧٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٢٩/٥) والمبسوط (٧٣/١١) والمغني مع الشرح الكبير (٣٧٩/٥) .

(٣) انظر نتائج الأفكار (٢٥١/٨) ، فقد جاء فيها : إذا كان العقار وديعة في يده فجمعه كان ضامناً بالاتفاق نكدا بالغصب .

(٤) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
(٥) حضرموت اسكان مريكان والنسبة إليه حضرمي وكذلك الجمع يقال من الحضارة وهي ناحية واسعة في شرق عدن في اليمن بقرب البحر ، وحولها رمال كثيرة تعرف بالأسفاف وبها قبر هود عليه السلام وهذه القيلة عرفت مقاطعة حضرموت . انظر معجم البلدان (٢٦٩/٢ ، ٢٧٠) ومعجم قبائل العرب القديمة والحديثة لعمر رضا كحالة (٢٨٢/١) ط دار العلم للملايين .

(٦) كندة بالكسر اسم قبيلة وموضع باليمن . انظر معجم البلدان (١٨٢/٤) ومعجم قبائل العرب (٩٩٨/٣) .

(٧) ما بين للمكوفين ساقط من (ح) ، (ع) ، (م) ، والصواب إثباتها كما هو موجود في الحديث ، وكما هو ثابت في (ن) .

(٨) رواه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب الإيمان باب وعيد من قتل حق مسلم يمين عاجز بالدار (١٣٣/١) .
(١٣٤) رقم ٢٢٣ ورواه الطبراني في المعجم الكبير (٨/٢٢) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣١٧/٤) .

فدل على أن العقار يغصب ^(١) .

١٦٤١١ - [قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « من أخذ شيئاً من أرضي » وروى من غصب »] ^(٢)

١٦٤١٢ - قلنا : إن كان هذا دليلاً على إثبات الاسم فمن أصحابنا من سلم ، أو نقول : هو مقصوب ، وقد يغصب ما لا يضمن كغصب الحر وغصب الخمر على المسلم . ومن أصحابنا من منع الغصب وقال تسميته غصباً على وجه المجاز ، كما يقال باع حراً .
١٦٤١٣ - وكما روي في هذا الخبر من سرق شيئاً من أرض ^(٣) فسماه سارقاً وإن كانت السرقة لا تثبت في الحقيقة . وإنما شبهه بالسارق ، كذلك ذكر الغصب والغاصب .
١٦٤١٤ - وقولهم : إنه قال وهي في يده فلا يمنع أن اليد تثبت على العقار ، إلا أن الغصب ليس هو مجرد ثبوت اليد حتى ينضم إليه النقل .

١٦٤١٥ - وإن كان هذا احتجاجاً في الحكم فقد بينا أنه دلالة لنا ، وأن النبي ﷺ لم يذكر الضمان مع شدة الاهتمام به ووقوع الحاجة إليه ، فلو كان واجباً لذكره .
١٦٤١٦ - قالوا : كل ما يضمن بمقتضى عقد صح غصبه ، وصح أن يضمن بالغصب كما ينقل ويحول ^(٤) .

١٦٤١٧ - قلنا : ضمانه بمقتضى عقد أوجب الضمان بأمرين : بالعقد وما ثبت من توافقه ، وهو القبض . والغصب مجرد القبض . وليس إذا ضمن الشيء بأمرين وجب أن يضمن بأحدهما .

١٦٤١٨ - ولأنه قد يضمن بالقبض كحكم العقود ما لا يضمن بغير عقد ؛ بدلالة أن من استأجر حراً فلم يفسد اليد ، فتلقت المافع تحت يده ضمنها . ولو غصبه فحسه تلقت المافع تحت اليد على ذلك الوجه ولا يضمنها .

(١) انظر الإشراف (٣٢١/٣ ، ٣٢٢) ، الخلى لابن حزم (١٤٤/٨) فقال ابن حزم بعد ذكر حديث أبي هريرة المتقدم : صح أن الأرض تزحف بغير حق ، فصح أنها تغصب .

(٢) ما بين المكوئين ساقط من (ع) ، (م) انظر هذا الدليل في الدخيرة (٢٨٥/٨) ، المبسوط (١٧٣/١) للمصنف مع الشرح الكبير (٣٧٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) .

(٣) رواء الطبراني انظر المعجم الكبير للطبراني (١٤٩/١ ، ١٥٠) رقم ٣٤٢ طبعه ، وكذلك رواء الإمام أحمد ابن حنبل في مسنده ١٨٨/١ عن معبد بن عمر بن النخيل . انظر أيضاً كنز المصاب (٦٢٠/١٠) رقم ٣٠٢٥٩ .

(٤) انظر هذا المصنف في الحاوي الكبير (١٣٥/٧) والمصنف مع الشرح الكبير (٢٧٨/٥) .

١٦٤١٩ - ولأن قبض العقود ثبت به الضمان . وإن كان قبضًا حكمنا بذلك عليه أن المشتري لو أعتق العبد المبيع صار بذلك قابضًا . ويمثله لو أعتق العبد المشتري لم يصح (١) [غاصيًا] (٢) لنصيب شريكه . ولهذا لا يضمنه مع الإعسار (٣) .

١٦٤٢٠ - ولأن الحكم إذا كان بصحة الغصب فعندنا يصح عصب الغار بما يصح به غيره ، وهو النقل . فإذا نقل الأبنية وتراب البقعة صار بنقله لذلك غاصيًا . وإنما الكلام هل يصير غاصيًا من غير نقل ؟ وعليه (٤) لا يعطى أكثر من إثبات الغصب في الجملة ، وإن كان الحكم [صح] (٥) أن يضمن بالغصب .

١٦٤٢١ - قلنا : بموجبه إذا نقله أو نقل بعضه . ثم أصلهم المقولات ، وهي دلالة ل أنها لما ضمنت بالقبض عن عقد لم يضمن في العقد من غير نقل كالمقول (٦) .

١٦٤٢٢ - قالوا : كل سبب ضمن به ما ينقل ويحول ضمن به ما لا ينقل ولا يحول ، كالإتلاف (٧) .

١٦٤٢٣ - قلنا : نقول بموجبها ، لأن الغصب يُضمَّن به ما لا ينقل ولا يحول إذا نقل ، كما تُضمن المقولات .

١٦٤٢٤ - ولأن الإتلاف لما ضمَّن به أحد الأمرين كما ضمن الآخر تساوي في كيفية وقوع سبب الضمان ، وهو الإتلاف ؛ ولما لم يتساويا في صفة السبب الذي هو العصب - لم يتساويا في ضمانه .

١٦٤٢٥ - ولأنه قد يضمن بالإتلاف ما لا يضمن بالغصب كالحر .

١٦٤٢٦ - قالوا : أسباب الضمان : قبض ، وغصب ، وإتلاف . فلما استوى للمقول وغيره في ضمان القبض والإتلاف ، كذلك في ضمان الغصب (٨) .

١٦٤٢٧ - قلنا : يتساويان عندنا في وجوب الضمان بالغصب . وإنما الكلام كيف

(١) في (ع) ، (م) : [لم يضمن] . (٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) ، (ن) : [الاعتبار] .

(٤) في (ص) ، (ع) : [عليهم] والصواب ما أثبتناه من (م) ، (ن) .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ص) ، (م) : [كالمقولات بالجمع] .

(٧) انظر الذخيرة (٢٦٥/٨ ، ٢٨٦) وعبارته : ولأنه يضمن بالمقود فيضمن بالغصب كالمقول أو يقول بضمم بالإتلاف فيضمن بالغصب كالمقول .

(٨) انظر قوانين الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية لابن جزي ص ٢٨٧ .

يغصب ؟ فلم يسر بين المنقول وغيره في كيفية الغصب [^(١)] كما سوى بينهما في كيفية الإنالاف والقبض . مخالفنا يفرق بينهما في كيفية الغصب ، فيجمله غاصباً في المكان بالتخلية ولا يجمله غاصباً بها في المنقول ، وكنا نحن أسعد بهذا الكلام منهم ١٦٤٢٨ - قالوا : الغصب إزالة يد المالك ظلمًا وقهراً ، وهذا موجود في القنار ، فوجب أن يكون به غاصباً ضامناً . الدليل على أن يده قد حصلت عليه : أنها لو تنازعا ولم يعلم سبب اليد كان القول قول صاحب اليد ^(٢) .

١٦٤٢٩ - قلنا : هذا دليل من زعمكم على إثبات الغصب فلم يجب أن يضمن به . وقد يغصب ما لا يضمن كالخمر وخمر المسلم .

١٦٤٣٠ - فإن قالوا : الحر لا يثبت عليه اليد . قلنا : غلط ، بل يثبت اليد عليه مشاهدة ، وبهذا استحق الأجرة بتسليم نفسه في الإجارة وإن لم يعمل . ولهذا لو غصب صبيّاً صغيراً لا يعبر عن نفسه ثم نوزع فيه ^(٣) كان القول قوله أنه عبده . يدل على أن اليد تثبت عليه ، ومع هذا لا يضمن . ولأن الحد الذي ذكره غير مسلم . ١٦٤٣١ - و [لأن] ^(٤) الغصب عندنا هو نقل المالك عن المكان الذي كانت يد المالك [عليه فيه ، بغير حق . الدليل عليه أن من منع المالك] ^(٥) من ملكه وجبته عنه فقد أزال يد المالك ^(٦) ظلمًا وقهراً ، وأثبت يده عليه ، ولا يكون غاصباً .

١٦٤٣٢ - قالوا : نوع مال ؛ فجاز أن يضمن بالغصب ، أصله ما ينقل ^(٧) .

١٦٤٣٣ - قلنا : بقول مجموعي ؛ لأنه يضمن عندنا إذا وجب [أن يضمن] ^(٨) الغصب فيه بالنقل والتحويل على ما يثبت .

١٦٤٣٤ قالوا : الأرض تثبت عليها اليد . فإذا ثبت بعدوان وصاحب اليد من أهل

- (١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
- (٢) انظر هذا المعنى في المبسوط (٧٣/١) ، حاشية الدروري (٤٤٢/٣ ، ٤٤٣) ، شرح الخرش (٢٩/٦) ، الذخيرة (٢٨٥/٨) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٧) .
- (٣) في (ع) ، (م) ، (ن) فيه وهو الصواب أما في (ص) فنه .
- (٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .
- (٥) ما بين المكوفين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .
- (٦) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
- (٧) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٦٧/٧) وعبارته : كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول .
- (٨) ما بين المكوفين ساقط من (ن) .

الضمان في حق المضمون له وحسب الضمان . أصله المنقولات إذا نقلها ^(١) .

١٦٤٣٥ - قلنا : قد ثبت يد الغاصب إلا أن يد المالك ^(٢) في حكم الثانية ، [فيه . ومن ثبت لمعتدي يد ، وللمالك يد ولم يكن غاصباً كمن دخل دار غيره] ^(٣) بغير إذنه ، وكمن غصب بهيراً عليه متاع ، وصاحب المتاع عليه ، لم يكن غاصباً ^(٤) ، وإن ثبت يده لبقاء يد المالك مع يده .

١٦٤٣٦ - وكذلك لو يمسك بعبد ، والعبد يمتنع عليه - فقد ثبت يده عليه ؛ بدلالة أن القول قوله فيه ، ولا يكون غاصباً لبقائه في المكان الذي كانت تحت يد المالك ^(٥) فيه ، لأن المنقولات إذا نقلها فيه أثر نقله في ملك المالك ، بدلالة أنها تغيب في العادة فلا يمكن البينة عليها . والعقار محفوظ بنفسه والمالك متمكن من إقامة البينة عليه ، فلم يقلح الغصب في ملكه ، فلم يوجد فيه المعنى الموجود من المنقولات .

(١) انظر الذخيرة (٢٨٥/٨) وعبارته : ولأن انتقال ضمانها للمشتري بالتبض فكون قابلة لوضع اليد فإذا كانت عدواناً فهو الغصب .

(٢) في (ن) : [الغاصب] .

(٣) ساقطة من (ص) والتيت فيها : [لأن العين باقية في المكان الذي كانت يد المالك] .

(٤) انظر تبين الحقائق (٢٢٤/٥) .

(٥) هكذا في (ن) وفي باقي النسخ [تحت المالك فيه] . والصواب ما أثبتناه .



حفر البئر في ملك الغير وإرادة الطم

١٦٤٣٧ - قال أصحابنا : إذا حفر بئراً في ملك غيره بغير أمره فليس له أن يطمئها^(١) ، ولا للمالك أن يطاله بطمها ولكنه يضمن النقصان ، فإن أبرأه من الضمان برئ منه^(٢) .

١٦٤٣٨ - وقال الشافعي رحمه الله : للمالك مطالبة برد ترابها ؛ فإن أراد الغاصب [طمها ، ورد التراب]^(٣) وامتنع المالك فللغاصب أن يطمئها . فإن أبرأه المالك من ضمان ما صنع ، ففيه وجهان :

١٦٤٣٩ - أحدهما : لا يبرأ ، [فعلى هذا الوجه]^(٤) : يطمئها بعد البرائة .

١٦٤٤٠ - والثاني وهو المذهب : أنه يبرأ ؛ فعلى هذا ليس له أن يطمئها إلا أن يكون له فيه غرض ، وهو أن يكون نقل التراب إلى ملكه ، أو إلى ملك غيره ، أو إلى طريق المسلمين^(٥) .

(١) العلم لغة : هو الكيس يقول طمست البئر بالتراب طمًا من باب قتل أي ملأها حتى استوت مع الأرض ، وطمها التراب فعل بها ذلك ، وطم الأمر طمًا أيضًا علا وغلب ، ومنه قيل للقيامة طامة . انظر لسان العرب (٢٧٠٦/٤) مادة طم ، الصباح المير (٥١٧/٢) ، للغرب ص ٢٩٤ ، طلبة الطلبة ص ٣٣٣ .

(٢) انظر معن الحكام فيها يتردد بين الخصمين من الأحكام تأليف الإمام علاء الدين أبي الحسن عبي الطرابلسي الحنفي (٢٨٢/١) ص مصطلحي البايع الحلبي وأولاده بمصر . وعارته : الغاصب إذا حفر بئراً في الدار لمعصوبة ورضي به المالك فإن أراد الغاصب طمها ليس به ذلك صدقنا هـ . وبه قال الإمام الزني من الشافعية والحابلة في وجه . قال الشيرازي في المذهب : وقال المزني لا يجزى كما لو غصب غزلاً ونسجه لم يجزى المالك على تقضه قال الشيرازي : هو غير صحيح . وقال ابن قدامة : وإن لم يكن له غرض في طم البئر ، مثل أن يكون قد وضع انتراب في ملك المعصوب منه ، وأبرأه المعصوب منه مما حفر وأذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين . انظر المذهب (٣٧٢/١) ، حلية العلماء (٢٣٤/٥) ، المعني مع الشرح الكبير (٣٩٣/٥) ، المبدع (١٦٢/٥) . (٣) نصه في الأصل [إن يطمها ، ويرد ترابها] .

(٤) في (ع) : [فعلى هذا الرواية] ، وفي (م) ، (ن) : [فعلى هذه الرواية] . والصواب ما ذكره في (ص) لأنه يوافق مصطلحات الشافعية . انظر المذهب (٣٧٢/١) .

(٥) انظر الحاوي الكبير (١٧٠/٧ ، ١٧١) ، المذهب (٣٧٢/١) ، حلية العلماء (٢٣٤/٥ ، ٢٣٥) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٦٠/١١ ، ٢٦١) ، معني المحتاج (٢٨٩/٢) قال الشافعي رحمه الله : ولو حفر بئرًا فأراد الغاصب دفعها فله ذلك وإن لم يغمه . وقال للماوردي : هذا كما قال : إذا غصب أرضًا وحفر فيها بئرًا كان متخذها بحفرها ، وعليه صدقنا ، وضمان ما تلف فيها . ثم لا يحلر حال رب الأرض والغاصب من أربعة أحوال . أحدهما : أن يتفقا على سدها ليربأ الغاصب من ضمان ما يسقط فيها . والثاني : أن يتفقا على^٦

١٦٤٤١ - لـ : أنه حفر بئرا في ملك غيره فليس له أن يطعمها مع كرامة المالك أصله إذا طرح التراب في ملك المقتسوب وأبرته من الضمان .

١٦٤٤٢ - [ولأنه] ^(١) جنى على عقار غيره فلم يكلف إصلاحه [ولم يملك إصلاحه] ^(٢) بغير رضاه أصله إذا تقض حائطه وقال أنا أبنيه ، وعني هذا إذا فتح قميص غيره بشرط أن يخطئه .

١٦٤٤٣ - احتجوا : بأنه هل ملكه غير ملكه فكان له مطالبة برده كما لو حول طعاما من داره ^(٣) كان عليه رده ^(٤) .

١٦٤٤٤ - قلنا : لا يملك رده ؛ لأنه [لم] ^(٥) يفعل أكثر من إزالة يد المالك فكان عليه رد يده على الوجه الذي كانت عليه ، وفي مسألتنا أحدث تقصا في الملك يتعلق به الضمان ، فكان عليه التقصان كقص الحائط .

١٦٤٤٥ - قالوا : حفرها على سبيل التعدي فكان له طمها . أصله إذا حفرها في

= تركها فذلك لهما ، وعلى العاصب ضمان ما سقط فيها . والحال الثالث أن يدعرب الأرض إلى سدها وبأى العاصب فإن العاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح . وإن لم يكن له غرض صحيح فعلى وجهين ، الأول : إيرادها منها ، والثاني : أنه لا يصح ، لأن الإبراء إما يكون من واجب ، ولم يجب بعد الشيء ، فلم يصح . والحال الرابع : أن يدعرب العاصب إلى سدها وبأى ربه ؛ فإن لم يرته ربه من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه . وإن أبرأه من الضمان فبني وجهان : أحدهما أن للعاصب أن يسدها ، لأن الضمان قد يجب لغيره فلا يسقط بإبراءه ، والوجه الثاني : أن العاصب يُشغغ من سدها ، لأنه بالإبراء يصير كالأذن له في الابتداء ، فيرتفع التعدي ، ولا يلزم ضمان . وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة . وذهب المالكية إلى أن له طمها . انظر المدونة الكبرى (١٩٠/٤) ، البيان والتحصيل (٢٦١/١١) . وذهب الحنابلة إلى أن من غصب أرضا فحفر فيها بئرا ، فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك ، لأنه يضر بالأرض . ولأن التراب منه بقله من موضعه فلم يردده كتراب الأرض . وإن أراد العاصب بطمها فيضمنه المالك ، نظرنا : فإن كان له غرض في طمها ، بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها ، أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه ، أو سلك غيره ، أو طريق يحتاج إلى تفريره فله الرد ، لما فيه من الغرض . وإن لم يكن له غرض في طم التراب ، مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المقتسوب منه ، وأبرأه المقتسوب منه مما حفر ، وأذن فيه ، لم يكن له طمها في أحد الوجهين ، لأنه لا خلاف لا تقع فيه ، فلم يكن له فعله . وفي الوجه الثاني له طمها . انظر للمعني مع الشرح الكبير (٣٨٢/٥) ، ٢٨٣ ، المدعي (١٦٢/٥) .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (م) ، (ع) ، (م) والصواب ما أتينا من (د) .

(٢) في (د) : [دابة] .

(٣) انظر المذهب (٣٧٢/١) وعبارته : لأن التراب ملكه وقد نقله من موضعه ، فلم يردده إلى موضعه .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من الأصل .

طريق ضيق للمسلمين ^(١) .

١٦٤٤٦ - قلنا : لا نسلم بل يضمنه الإمام نقصان الطريق ، ويأمره بسدها إن رأى ذلك ، أو سد رأسها حتى لا يضر بالمارين .

١٦٤٤٧ - قالوا : للغاصب غرض في طمها ، لأنه حفرها على طريق التعدي به يأمن أن يقع فيها شيء فيتلف فيضمنه / ^(٢) .

١٦٤٤٨ - قلنا : إذا أبرأه المالك من الضمان زال التعدي ، وصار كأنه حفرها يادنه . وإن لم يبرئه ، لكنه [ضمنه] ^(٣) فقد أزال التعدي بالتضمن .

١٦٤٤٩ - وإن « قال » ^(٤) [المالك] ^(٥) لا أبرئه ، ولا أتركه بطمها ، فله ذلك . وإن كان الغاصب لا يأمن التبعة ، لأن المالك ليس عليه تمكينه مما يضر به ليسقط على نفسه التبعة كما أنه لو جرح عبده وقال أنا أدأويه ليبراً ، فيسقط الضمان بالبراءة ؛ كان للمالك منه من ذلك .

١٦٤٥٠ - قالوا : يجوز أن يكون نقل التراب إلى ملك آخر فطولب بنقله عنه ^(٦) .

١٦٤٥١ - قلنا : فلم يجب نقله إلى البئر ، وهو إذا نقله إلى المنصوب ولم يطم البئر زال عنه هذا الضرر . ثم المالك لا يخلو أن يطالب أو لا يطالب . فإن طالب به : فهو ينقله ، أو يكلف الغاصب نقله حيث شاء . وإن لم يطالبه : فعلى الغاصب أن ينقله إلى الصحراء ؛ لأنه هو الذي أدخل نفسه في هذه الجنابة ، وليس على « المالك » ^(٧) أن يعطل غرضه ويطم البئر ، ليخلص الغاصب من جنايته .

• • •

(١) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) وعبارته : « لنا أن الضمان إما لوجود التعدي فإنما وصي صاحب الأرض زال التعدي زال الضمان ، وليس هذا إبراء مما لم يجب ، وإنما هو إسقاط التعدي برضاه به » وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء ولكن ضمنه من طمها ؛ لأنه يتضمن رضاه بذلك .

(٢) انظر المذهب (٣٧٢/١) وعبارته : « لأن له غرضاً في طمها وهو أن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها » وانظر كذلك في هذا المغني : المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أتينا به من (ن) .

(٤) في (ع) ، (م) : [كان] .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ن) .

(٦) المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) .

(٧) في (ن) : (ج) على مالك الدار .



صبيغ الثوب المصبوب

١٦٤٥٢ - قال أصحابنا : إذا غصب ثوباً فصبغه بصبيغ العاصب ؛ فالمالك بالخيار : إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ، وإن شاء ضمن له ما زاد الصبيغ في ثوبه ، وكان الثوب بصبغه له . ^(١) وإن شاء شاركه فكان الصبيغ والثوب بينهما ^(٢) ، فإذا بيع ضرب صاحب الثوب بقيمة ثوب أبيض وضربت للعاصب بقيمة صبيغ في الثوب . وليس للعاصب أن يقول أنا أقلع الصبيغ ^(٣) .

١٦٤٥٣ - وقال الشافعي رحمه الله : للعاصب أن يقلع الصبيغ ، بشرط أن يضمه ما نقص ذلك الثوب ^(٤) .

(١) مختصر احتلاب العلماء (١٨٠/٤) ، بدائع الصنائع (١٦٠/٧ ، ١٦١) ، المبسوط (٩٣/١١ ، ٩٤) ، الهداية (١٧/٤) ، الاحتيال (٣٢٢/٢) ، تبين الحقائق (٢٢٩/٥ ، ٢٣٠) ، عبارة الزيلعي في التبيين : « إذا غصب ثوباً فصبغه ؛ فالمالك بالخيار : إن شاء ضمن قيمة ثوبه أبيض ، وإن شاء أخذ المصوغ ، ورغم ما زاد الصبيغ » .
(٢) قاله أبو عصمة ، وهو عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة أبو عصمة البخلي الحنفي صاحب الإمام أبي حنيفة ، اشتهر بالفقه ، وروى الحديث ، توفي سنة ٢١٤ لو سنة ٢١٥ هـ يبلغ - إحدى محافظات أفغانستان حالياً - من مؤلفاته : مختصر في الفقه . انظر هداية المارفين (٦٦٣/٥) ، الجواهر المضئية (٣٤٧/١) ، معجم المؤلفين (٢٨٢/٦) . قال : له حيار ثالث وهو أن له ترك الثوب على حاله وكان الصبيغ للعاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما ، كما لو انصبغ لا بفعل أحد . انظر تبين الحقائق (٢٣٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٩١/٧) وقريب من مذهب الحنفية مذهب المالكية . وعندهم أن « من ندى على ثوب آخر فصبغه مريب مخير يرى أن يأخذ من المعتدي قيمته أبيض يوم التعدي ، أو يأخذوه ويدفع للمعتدي قيمة صبيغه يوم الحكم ، ولا يكونان شريكين . وهذا التخيير فيما إذا زاده الصبيغ عن قيمته أبيض . أو لم يزد ولم يصبغه ، وما نقصه الصبيغ عن قيمته أبيض فيخبر في أخذه مجاناً ، أو يأخذ قيمته » . انظر شرح الخرشي (١٤٢/٦) ، حاشية الدسوقي (٤٥٤/٣) ، بداية المجتهد (٣١٩/٢) .
(٣) انظر للراجع السابقة عند الحنفية في المواضع السابقة .

(٤) الحاروي الكبير (١٨٠/٧) ، روضة الطالبين (٥١/٥) ، مني المحتاج (٢٩١/٣ ، ٢٩٢) ، الإشراف (٣٤٦/٣ ، ٣٤٧) ، المذهب (٣٧٩/١) ، التكت ورقة ١٧٦ (ب) ، حلية العلماء (٢٢٩/٥ ، ٢٣٠) وفي الحاروي : « قال الشافعي : ولو كان ثوباً فصبغه فزاد في قيمته ، قبل للعاصب : إن شئت ما سترج الصبيغ على أنك ضامن لما نقص ، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبيغ ، فإن محق الصبيغ فلم تكن له قيمة ، قبل ليس لك ههنا مال يزيد فإن شئت فاسترجعه وأنت ضامن لنقصان الثوب ، وإن شئت فدعه . وإن كان بنفس الثوب ضمن القسار . وإنه أن يهرج الصبيغ على أن ينقص ما نقص الثوب . وإن شاء ترك » . ويقول =

١٦٤٥٤ - لنا : أن إزالة الصبغ من الثوب جنابة عليه ، كما لو كان الثوب بهلك بذلك حتى لا يبقى منه شيء ^(١) .

١٦٤٥٥ - ولأن ^(٢) ملكه صار تابثاً للملك المصنوب منه على وجه [في] ^(٣) إزائه ضرر ، كمن غصب عبداً فأقطعهم ، ثم أراد أن يكلفه القيء ، كما لو غلط الغاصب جرح العبد المصنوب بخيطه .

١٦٤٥٦ - ولا يقال : إن في العبد ليس له نزع الخيط ، وإن رضى المالك وهبها له قلع الصبغ إذا رضى المالك ، لأننا لا نسلم هذا ، لأن المالك يفسد ثوبه والآخر ينفذ صبغه من غير غرض صحيح ، ثم هذا ليس بصحيح ، لأنه إذا رضى [المالك] ^(٤) بما فيه نقصان ماله ^(٥) فجاز ما يراه ، دون من يُجوز ذلك بغير رضاه .

١٦٤٥٧ - احتجوا : بأن الصبغ عين مال الغاصب له قلعه برضاء المصنوب منه ، فكان له قلعه بغير رضاه . أصله : إذا بنى في ملك غيره أو غرس ^(٦) .

١٦٤٥٨ - قلنا : إن كان البناء والغرس لا يزول إلا بالضرر على صاحب الأرض فله أن يمنع ذلك ، ويغرم قيمة البناء والغرس ، ولا فرق بينهما . وأما إن طالب صاحب

= الشافعية قل الحائلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (١١٢/٥) ، المبدع (١٧٠/٥ ، ١٧١) ذكر ابن قدامة أنه إن عصب الغاصب ثوبا ، فصبغه بصبغ له لا يخلو من ثلاثة أحوال : أحدها : أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص فحما شريكا . الحال الثاني : إذا رادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب . وإن كان لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه . وإن كان لزيادةهما معا فهي بينهما . فإن أراد الغاصب قلع الصبغ قال الحائلة : له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ، ويضمن نقص الثوب إن نقص . وظاهر كلام الحارثي أنه لا يَحْتَكِرُ من قلعه ، إذا تضرر الثوب بقلمه .

(١) قال أبو جعفر الطحاوي : لا معنى لإباحة الغاصب استخراج الصبغ مع نقصان الذي يلحق بالثوب ، لأنه إن كان من حق الغاصب أخذ صبغه فحق المصنوب أن لا ينقص ثوبه . وبقي أن لا يكون عليه ضمان النقصان ، لأن ذلك من حقوقه . ولما أوجب النقصان بالاستخراج دل على أنه ليس من حقوقه وأنه مبرور منه ، فلما بطل هذا صح أن للمصنوب منه احتباس الثوب ، لأن الصبغ مستهلك في الثوب ، وليس الثوب مستهلكاً في الصبغ . انظر مختصر اختلاف العلماء (١٨٠/٤) .

(٢) حرف الون ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) حرف في ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) والصواب ما اقتضاه من (ن) .

(٤) ساقطة من [ص] . (٥) في (م) ، (ع) : [ما ملكه]

(٦) انظر المعنى مع الشرح الكبير (٤٣٢/٥) ، المذهب (٣٧٢/١) .

الثوب الغاصب يقلع الصبغ والغاصب يمنع قليس له ذلك ، وبه قال ابن سريج ^(١) .
 ١٦٤٥٩ - وقال المروزي : له إجباره ^(٢) ، وهذا غلط ؛ لأن إتلاف مال الغاصب وإلحاق الضرر بمال المصوب ، والغصب ، لا يبيح ذلك . وليس هذا كالبناء والعرس ؛ لأن صاحب الأرض إذا أزم الغاصب قلعه نقصت قيمته بالقلع . فأما أن ي تلف فلا ^(٣) .
 ١٦٤٦٠ - ولأن العادة جارية أن الناس يقلعون البناء والغراس بغرض فيه ، ولم تجر العادة أن يقلعوا الصبغ من الثياب .

١٦٤٦١ - وقال الشافعي رحمه الله في القديم : لصاحب الثوب أخذه ، ولا شيء للغاصب عليه ^(٤) . وهذا غلط ؛ لأن الصبغ عين مال قائمة ، فلم يجوز أن ^(٥) يملكه المالك بغير شيء ، كالبناء والغراس .

١٦٤٦٢ - وليس هذا كالقصارا ؛ لأنه ليس فيها عين مال ، وإنما هو يتبعث الثوب ، وذلك في حكم المنفعة ، فلا يقوم بغير عقد أو شرط .

(١) في (م) ، (ع) : [ابن سريج] .

(٢) ففي المذهب (٣٧٢/١) : « وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ففيه وجهان : أحدهما : لا يجبر ، وهو قول أبي العباس (أحمد بن عمر بن سريج) لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ، ولا حاجة به إلى ذلك ؛ لأنه يمكن أن يستوفي حقه بالبيع ، ولا يجوز أن ي تلف مال الغير . وهو اختيار أبي حامد ، وهو طاهر كلام الشافعي . والثاني : يجبر ، وهو قول أبي إسحاق إبراهيم بن أحمد المروزي وأبي علي بن خيران ؛ لأنه عرق ظالم ، لا حق له فيه ، فأجبر على قلعه ، كالغراس في الأرض المنقوبة . » وقال الماوردي : إن الوجه الثاني : أصح . انظر الحاوي الكبير (١٨٣/٧) .

(٣) في (ع) ، (م) : [وإلا فلا] بزيادة إلا .

(٤) جاء في روضة الطالبين (٤٧/٥) ما ملخصه : « للصبغ الذي يصبغ به المصوب ثلاثة أحوال : الأول : أن يكون للغاصب ، وإن حصل فيه عين مال بالانصباع فهو ضريان : الأول : إذا لم يمكن فصله فقولان : القديم . أنه يغور به صاحب الثوب تشبيهاً له بالسمن . والمشهور أنها شريكان ، فينظر إن كان قيمة الثوب معصوماً مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعاً ، بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة ، وصار يساوي معبراً بعشرين ؛ فهو بينهما بالسوية . الضرب الثاني : إذا أمكن فصله من الثوب فقد حكمي قول عن القديم . أنه إن كان المنصوب لا قيمة له فهو كالسمن ، والمشهور أنه ليس كالسمن فلا يغوز به المنصوب منه . »

(٥) في (ص) : [يملكه على المالك] .



غضب الطعام وتغيير حالته

١٦٤٦٣ - قال أصحابنا : إذا غضب طعامًا فمغن عنده ، أو صب فيه ماء ، أو كسر قلتًا ، أو درهماً ، فالمالك بالخيار : إن شاء صممه مثله ، وإن شاء أخذه ولا شيء له ^(١) .
١٦٤٦٤ - وقال الشافعي رحمه الله : له أن يأخذه ويضمن النقصان ^(٢) .

١٦٤٦٥ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » ^(٣) فظاهره يقتضي أنه إذا رد العين سقط الضمان ^(٤) .

١٦٤٦٦ - ولأنه أخذ قدر المصوب من الطعام وزيادة ، فصار كما لو هلك فأعطاه

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٨١/٤) ، بدائع الصنائع (١٥٩/٧) ، تكملة فتح القدير (٣٢٨/٩) ، المبسوط (٩٠/١١) جاء في البدائع « إذا غضب حنطة فمغنعت في يد الغاصب ، أو ابتلت ، أو صب الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها فإن صاحبها بالخيار : إن شاء أخذهما بعينها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غضب ، وليس له أن يأخذها ويضمن النقصان » . وبه قال المالكية . انظر : الكافي لابن عبد البر (٨٤١/٢) . وعبارته : « وإن وجد للمصوب ماله بعينه قد نقصت قيمته عما كانت عليه يوم الغصب لم يعب حدث به ونقصه فهو مخير بين أخذه ولا أرض له فيما حدث به ونقصه ، وبين تركه وأخذ قيمته يوم غضبه » .

(٢) انظر كتاب الأم (٢٦٠/٣) ، الحاوي الكبير (١٩١/٧) ، روضة الطالبين (٥٤/٥ ، ٥٥) ، حلية العلماء (٢١٦/٥) ففي الحاوي : « وإن كان قمحًا فمغن عنه رده وقيمة ما نقص » قال الماوردي : « وهذا صحيح إذا غنفت الخلطة في يد غاصبها ، أو ساست بالسوس ، أو دادت بالدود فله استرجاعها وما نقص من قيمتها قل النقص أو كثر » وجاء في حلية العلماء : « وإن كان النقصان غير مستقر بأن اجل الطعام خفيف عليه العساذ فقد قال في الأم : للمعصوب منه مثل مكيلته . وقال الربيع : فيه قول آخر : إنه يأخذه وأرض ما نقص » . وذهب الإمام أحمد بن حنبل إلى أنه إن نقص المعصوب نقصًا غير مستقر ، كطعام ابتل وجهد فساده ، أو غفن وعشي تلمه فعليه ضمان نقصه . وقال القاضي : لا يلزمه بدله ، لأنه لا يملك قدر نقصه وكل ما نقص شيء ضمنه ، لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده . وقال أبو الحبيب : يتخير صاحبه بين أخذ بدله ، وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرض نفسه . وذكر ابن معلق قولاً ضعيفاً : أنه يجب الأرض مطلقاً . وقال ابن قدامة : قول أبي الخطاب لا بأس به . وقال المرادوي : ما أحد الوجوه . انظر المعنى مع الشرح الكبير (٣٩١/٥) ، المدخل (١٦٧/٥) ، الإنصاف (١٥٨/٦) .
(٣) سبق ترجيح هذا الحديث .

(٤) يناقش هذا الدليل : أنه عين ماله وليس يبدل عنه ، وعلة الربا غير متحققة في هذه الحالة .

أكثر من كيله ، ولأنه قومه بما لا قيمة له عند ملاقة جنسه ؛ فلم يجوز تضمينه شيئا .
أصله : إذا تغير تغيرا لا يوجب نقصان القيمة .

١٦٤٦٧ - ولأن ما لا يجوز أخذه مع مقدار الكيل إذا تلف لا يجوز أخذه مع مقداره إذا [عين] ^(١) . أصله جميع القيمة .

احتجوا : بأن جنائنه قد استقرت فصار كما لو غصب ثوبا فدخله عيب ^(٢) .

١٦٤٦٨ - قلنا : الثوب نقص منه ما له قيمة عند ملاقة جنسه ، وما لا يدخله الربا ^(٣) بخلاف ذلك ، ولأن الثوب لو تلف جاز أن يأخذ من الغاصب مثله وزيادة ، فجاز أن يأخذه معينا مع الأرض ، وما يدخله الربا لو هلك لم يجوز أن يأخذ مثله وزيادة ^(٤) ، كذلك لا يأخذه معينا مع الأرض .

(١) في (ص) : [خير] .

(٢) انظر هذا المعنى في كتاب الأم للشافعي (٢٦٠/٣) .

(٣) الربا لغة : الزيادة والنماء تقول : ربا الشيء يربو ربوا ورباء ، أي زاد ونما . انظر لسان العرب (١٥٧٢/٣)
والمصباح المنير (٢٩٥/١ ، ٢٩٦) وفي الاصطلاح : فضل مال بالمعيار الشرعي خال عن عوض شرط لأحد المتعاقدين في معاوضة مال بمال . انظر مفتي الأبحر (٨٤ ، ٨٣/٢) . حلة الربا عند الحنفية : هي الكيل أو الوزن مع الجنس لقوله ^(١) عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعر بالشعر ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يثايد » ، فإذا اختلفت هذه الأصناف ؛ فبيعوا كيف شئتم » . أخرجه الجماعة إلا البخاري . انظر نصب الرتبة للزيلعي (٣٥/٤) بناء على ذلك فإن الجردة بانفرادها لا قيمة لها في الأموال الربوية ولكنه يحرر بين أن يأخذه ولا شيء له ، وبين أن يتركه على الغاصب ويضمنه مثله أو قيمته . انظر النباية على الهداية (٥٢٥/٦ ، ٥٢٦) ، نكسلة البحر الرائق (١٢٩/٨) ، بدائع الصالح (١٥٩/٧) ، الهداية (٦١/٣) .

(٤) قاعدة : ما يدخله الربا إذا هلك لم يجوز أن يأخذ مثله وزيادة .



تغيير العين المغصوبة بفعل الغاصب

١٦٤٦٩ - قال أصحابنا : إذا غصب شاة فذبحها وشواها ، أو حنطة فطحنها ، أو ثوباً قطعه أو غاطه ، أو حديقاً فاتخذها أو أواني انقطع حق المغصوب منه عنها ، ولا يحل للمغاصب الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ^(١) .

١٦٤٧٠ - وقال الشافعي رحمه الله : لا ينقطع حق صاحب العين ، وله أن يأخذها ويضمنه النقصان ^(٢) .

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٨١/٤) ، الهداية (١٥/٤) ، الناية على الهداية (٣٦٦/٨ ، ٣٦٧) ، نية الحقائق (٢٣٠/٥) ، بدائع الصالح (١٤٨/٧) ، المبسوط (٨٦/١١ ، ٨٧) . وعبرة الهداية : « وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها ، زال ملك المغصوب منه عنها ، وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ، كمن غصب شاة وذبها وشواها أو طبخها ، أو حنطة فطحنها ، أو حديقاً فاتخذها سيقاً ، أو شُؤراً عمله آتية ، قال أبو يوسف في رواية : لا ينقطع حق المالك ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده ؛ لأنه يؤدي إلى الربا » . قال الكرخي : فإن أبا حنيفة ومحمد قالا : لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق ، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ، وعلى الغاصب حنطة كائني غصبت . قال ابن سماعه عن أبي يوسف رحمه الله : لا يأخذ المغصوب منه الدقيق مكان الحنطة ، لكن يبيع الدقيق ويشترى له حنطة مثل حنطته ، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصب . وروى ابن سماعه عنه في موضع آخر : أن رب الحنطة بالخيار : إن شاء ضمنه حنطة مثل حنطته ودفع إليه الدقيق ، وإن شاء أخذ ذلك الدقيق ورى الطحن لأنه متاعه يمينه . قال المصنف : ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها دون أن يذكر قياساً أو استحساناً . عند الحقيقة هو استحسان ، والقياس أن يكون له الانتفاع قبل أدائه بدل ، وهو قول الحسن وزفر . وهكذا روي لقيه أبو الليث عن أبي حنيفة ، وذهب المالكية كما جاء في الذخيرة (١٩/٩) إلى القول بأنه : إن ذبح شاة وشواها فله قيمتها ، وكذلك لو لم يشوها . وهذا يوافق الحنفية في الجملة .

(٢) الحاوي الكبير (١٩١/٧ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، ٢٠٠) ، الرجير (٢١٠/١) ، روضة الطالبين (٤٦/٥) ، التكملة الثانية للمصنوع (٢٥١/١٤) وعبرة الحاوي : « فإن غصب منه حنطة فطحنها ، أو دقيقاً فخرمه فلمغصوب منه أن يرجع به دقيقاً وغيره ويقض إن حدث فيه وليس للمغاصب أن يرجع حنطة فطحنها ، أو دقيقاً فخرمه حدثت » . وقال فيما يتعلق بالشاة : « لو غصب شاة فذبحها وطبخها ؛ لم يمكنها أن يرجع بها للمغصوب منه مطبوخة ويقض إن حدث فيها » . وقال الماوردي فيما يتعلق بالثوب وقطعه وغيابته ص ١٩٧ : « ولو غصب ثوباً فقطعه قميضاً ، فإن لم يخطه فريه أحق به ويرجع بأرض نفسه » وقال في ما يتعلق بالخنفه ص ٢٠٠ ، ٢٠١ : « ولو عمل اللوح للمغصوب باباً ، أو بناء سفينة ، أو غصب حديقاً فزعمه درعاً ، لم يمكنه في هذه الأحوال كلها ؛ وللمغصوب منه استرجاعه منه ممولاً ، ولا شيء للغاصب في عمله ، إلا أن يكون له أعيان »

١٦٤٧١ - لنا : ما روي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب ^(١) عن أبيه ^(٢) عن رجل ^(٣) من أصحاب النبي ﷺ قال : « صنع رجل من أصحاب النبي ﷺ طعاماً ثم دعا النبي ﷺ فقام وقمنا معه فوضع الطعام بين يديه فأخذ ^(٤) بضعة من ذلك هلاكها ^(٥) طولاً فلم يقدر على أن يسيغها ^(٦) فألقاها عن فمه وأمسك عن الطعام ، فلما رأينا فعل ذلك أمسكنا عن الطعام كما أمسك ، ثم قال لصاحب الطعام : أخبرني عن لحسك هذا من أين هو ؟ قال : يا رسول الله ، شاة كانت لجاري وكان غائباً فذبحناها حتى يأتي صاحبها فنعطيه ثمنها ، فأمره النبي ﷺ أن يرفع الطعام ويطعمه الأسرى ^(٧) .

مرآة فيسترجمها ويضمن نقص المنصوب . - ودعب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية بأن المنصوب مه أحد ماله وصمان نفسه ، قال ابن قدامة : « وإذا غصب حنطة فطحها ، أو شاة فذبحها وشواها ، أو حديثاً فصله سكتين أو أواني ، أو خشية فحرقها بائناً أو تابوتاً ، أو ثوباً فقطعه وغاطه ، لم يزال ملك صاحبه عنه وأخذته وأرض نفسه إن نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب . ويوافق هذا رواية عن أبي يوسف . انظر المغني الشرح الكبير (٤٠٣/٥) ، المدح (١٦١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) ، الإصناف (١٤٦/٦) ، المبسوط (٨٦/١١ ، ٨٧) ، البناء على الهداية (٣٦٦/٨ ، ٣٦٧) .

(١) هو عاصم بن كليب بن شهاب بن الجثنون الجرمي الكوفي ، روى عن أبيه وعن أبي بردة بن أبي موسى وعبد الرحمن بن الأسود ومخارب بن دثار وعلمقة بن وإثل بن حجر وغيرهم ، وروى عنه ابن عوف وشعبة والقاسم وأبو الأحوص وشريك والسفيانان وغيرهم . قال ابن معين والنسائي : إنه ثقة ، وكان من أفاضل الكوفة توفي سنة ١٣٧هـ . انظر تهذيب التهذيب (٥٥/٥) ، تهذيب الكمال (٥٣٧/١٣) ، كتاب التاريخ الكبير (٤٨٧/٦) رقم الترجمة ٣٠٦٣ .

(٢) هو الكليب بن شهاب الجرمي والد عاصم ، روى عن سعد بن أبي وقاص وأبيه شهاب بن الجثنون ، وعبد الله ابن عباس وعلي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب وعنده العليل بن العاصم الجرمي وأبي زر الغفري وأبي موسى الأشعري وأبي هريرة وغيرهم ، وروى عنه إبراهيم بن مهاجر وابنه عاصم وغيرهما ، قال أبو زرقة : إنه ثقة يقال : إن له صحبة ، وقال ابن أبي عيشة والعموي : قد لحق النبي ﷺ ، وذكره ابن منده وأبو نعيم وابن عبد البر في الصحابة . انظر تهذيب التهذيب (٤٠٠/٨) ، كتاب التاريخ الكبير (٢٢٩/٧) ، تهذيب الكمال (٢١١/٢٤ - ٢١٣) .

(٣) هو الصحابي الجليل عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري ، كما رواه الطبراني في إسناده في معجمه الأوسط عاصم بن كليب عن بردة عن أبي موسى ، أسلم أبو موسى قبل الهجرة وهاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة بعد غير ومات سنة ٤٢ وقيل ٤٤هـ . انظر الإصابة (٣٥٩/٢) وتهذيب الأسماء واللغات (٢٦٨/٢) وفترات الذهب (٥٣/١) .

(٤) لا كها أي مصمها من المضغ . انظر طلبة الطلبة ص ٢١٥ .

(٥) أي لا يقدر على ابتلاعها بسهولة . نفس المرجع السابق .

(٦) نذكره الإمام أبو حنيفة في مسنده ص ٢١٠ و ٢١١ كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٥/٥) =

١٦٤٧٢ - ولو كان ملكه باقياً ؛ لم يجوز أن يأمره بالصدقة بها بغير أمره ، فلو أمرهم بالصدقة دل [على] ^(١) أنهم ملكوها ، ولم يحز لهم التصرف فيها قبل ضمان البذل ، وجاز فسادها إن تركوها فأمرهم بالصدقة .

١٦٤٧٣ - قالوا : التصرف فيها عندكم محظور [فكيف يأمره ^{عليه السلام} بالصدقة المحظورة ؟] .

١٦٤٧٤ - قلنا : التصرف فيها محظور ^(٢) حتى يضمن ، فإذا لم يمكن يجوز بيعها لم يجز الصدقة بها .

١٦٤٧٥ - فإن قيل : يجوز أن يكون على ملك الغائب ، إلا أنها كانت لا تبقى ^(٣) .

١٦٤٧٦ - قلنا : ملك الغائب إذا خاف الإمام عليه التلف باعه وحبس ثمنه عليه ، ولم يجوز أن يتصدق به .

١٦٤٧٧ - قالوا : يجوز أن يكون لم يجد من يتناعه .

١٦٤٧٨ - قلنا : هذا محال ؛ لأنه لا يتعذر في الأمصار من يتناع الشاة المشوية ، ولأن [الذي] ^(٤) ذبحها قد رضى بدفع عوضها ، فكان يجب أن يبيعها منه .

١٦٤٧٩ - فإن قيل : يجوز أن يكون الغائب أراد الصدقة بها على الأخرى .

١٦٤٨٠ - قلنا : النبي عليه الصلاة والسلام لم يعرف صاحبها ، فكيف عرف أنه يتصدق بها ؟ وكيف يجوز أن يتعلق الحكم بسبب لم يتقل ويترك المقول ؟ وعلى أن من أوجب بالشاة لا يجوز لغيره أن يمضى نذره بغير أمره .

١٦٤٨١ - قالوا : يجوز أن يكون الأخرى قد اضطروا إلى أكل مال الغير بغير أمره ^(٥) .

= والإمام أحمد في مسنده (٢٩٤/٥) وأبو داود في مسنده كتاب البيوع باب اجتناب الشبهات (٢٤٤/٣) رقم ٣٣٣٢ والدارقطني في سننه (٢٨٦/٤) والطبراني في الأوسط (٢٦٠/٢) والبيهقي في نصب الرتبة (١٦٨/٤) . انظر هذا الدليل في المبسوط (٨٧/١١) ، تبين الحقائق (٢٢٧/٥) وحاشية الشلي عليه ، الباية على الهداية (٣٦/٨) .

(١) ما بين المكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) ما بين المكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) فقد اعترض الشافعية على ذلك الخبر المذكور سابقاً ، فقالوا : فأما الخبر الذي استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذهبهم من غير ثمن مقدر : ويحتمل أن يكون لتعذر استيقاظ الطعام لهم ، فأمرهم بذلك حقيقاً بقيته على أربابه . انظر هذا الجواب في الحاوي الكبير (١٩٤/٧) .

(٤) ما بين المكوفتين ساقط من (ن) .

(٥) ما بين المكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتت كما في (ع) ، (م) ، (ن) .

١٦٤٨٢ - قلنا : هذا لا يؤدي إلى تعليق الحكم بسبب لم ينقل ، ولأنه لو كان الأمر على هذه الصفة ما أمر النبي ﷺ بإطعامهم قبل أن يبين حال الشاة ، وهذا خير صحيح الإسناد لا يسوغ العدول عنه بمثل هذا التمثيل البعيد .

١٦٤٨٣ - ولأنه ^(١) غصب حطة ، فلا يطالب برد الدقيق . أصله : إذا أنلفها . ولا يلزم إذا طحنها بإذن مالكها ، لأن قولنا : لا يطالب معناه : لا يطالب الغاصب ، ومتى طحنها بإذنه فليس بغاصب .

١٦٤٨٤ - ولأنه أزال الاسم وأكثر المنافع المقصودة بفعل لم يأذن المالك فيه ، فوجب أن يزول ملك صاحبه عنه ؛ أصله : إذا غصب دهنًا بأن خلطه ^(٢) بالذر أو حرها ثم شواها .

١٦٤٨٥ - ولا يلزم إذا ذبح الشاة ؛ لأن الاسم لم يزل ؛ بدلالة أنه يقال : شاة مذبوحة ، فإن ألزموا إذا ذبحها وقطعها .

قلنا : لا رواية فيه ، ولأن معظم المنافع لم يزل ؛ لأنه يتخذ من المذبوحة جميع ما يتخذ من اللحوم وإنما المنفعة للدر والنسل ، فهذا بعض المنفعة .

ولا يلزم إذا غصب عصيرًا فصار خلًا . لأنه ^(٣) إن تخلل بنفسه فلم يزل الاسم وعامة المنافع بفعله وإن خلل هو زال الملك .

ولا يلزم إذا غصب حمراء فخللها ؛ لأنه لم يزل عامة المنافع المباحة إن يتخذها خلًا . ولا يلزم إذا غصب فضة فضر بها ؛ لأن اسم الفضة لا يزول بالصقة ، ولأنه فعل لو حصل من الخمار - أزال الملك ، فإذا حصل في الشاة أزال الملك كالبيع .

١٦٤٨٦ - ولأنه أخرج العين عن [المعنى] ^(٤) المقصود بها بزيادة معنى ، فزال ملك الملك / كأحد الشريكين إذا وطئ الجارية فأحبها .

١٦٤٨٧ - ولأن العقود والمقبوض كل واحد منهما مسبب لضماني الأموال ، فإذا كان في أحدهما ما يوجب نقل ملك العين بمعرض ، كذلك الآخر . ولا يمكن القول

(١) في (ع) ، (م) : [لا] بحذف حرف الواو .

(٢) في جميع النسخ : ثم خلطه ، والصواب ما أثبتنا ؛ لأن السياق يقتضيه .

(٣) في (ع) ، (م) : [لزمه] .

(٤) ما بين المكونين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) ، (ن) .

بوجه في خلط الريت بالذر^(١) ، لأن الملك المنقول غير متعين .

احتجوا : بحديث الحسن عن سئرة^{عليه السلام} عن النبي^{صلى الله عليه وسلم} قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٢) .

١٦٤٨٨ - قلنا : هذا دليل عليكم ، لأنها أخذت الحسطة ؛ فعليه أدائها ، وأما الدقير فلم يأخذها ، فلا يلزمه أدائها بالظاهر .

١٦٤٨٩ - قالوا : روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه »^(٣) فظاهره أنه لا يملكه ولا يمسكه ولا يتصدق به^(٤) .

١٦٤٩٠ - قلنا : الفعل الذي هو جهة التملك ههنا لا يحل له عندنا وملك به حكماً ، فقد قلنا بالظاهر ؛ فأما قولهم : إنه لا يحل له إمساكه والتصدق به حكماً ، ففي تلك الحال ليس يملك لغيره فلم يتناولوه الحبر عندنا .

١٦٤٩١ - قالوا : فعل لو فعله في ملك نفسه لم يزل ملكه ، فإذا فعله في ملك غيره [لم يزل ملكه]^(٥) . أصله : إذا ذبح الشاة ولم يشوها ، وإذا قطع الثوب ولم يخلطه ، وإذا ضرب الفضة دراهم أو حللاً^(٦) .

١٦٤٩٢ - قلنا : يبطل إذا غصب ذهباً^(٧) فخلطه بجنس آخر دونه لا يختلف المذهب أنه استهلاك ، فإن صاحبه لا حق له في العين ، فأما إذا خلطه بجنس

(١) البذر أول ما يخرج من الزرع والبقول والنبات لا يزال ذلك اسمه ما دام على ورقين ، والبر بالزراعي للقل وغيره ، وبذر البذر في الأرض ، وقيل : البذر جميع النبات إذا طلع من الأرض فنبج ، والبذر مصدر بذر أي زرع . انظر : ملحة الطلبة ص ٣٠٩ ولسان العرب (٢٣٧/١) مادة بذر .

(٢) سبقتر ترجمة سلسلة الرواة كما تم تخريج الحديث ص ١٧٩ انظر الخاوي الكبير (١٦٥/٧) وعبارته « فليتنا قوله^{صلى الله عليه وسلم} : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فجعل الأداء غاية الحكم .

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٦/٦) عن أس بن مالك عن رسول الله^{صلى الله عليه وسلم} ، وعن أبي حرة الراشدي عن عه عن النبي^{صلى الله عليه وسلم} ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٢/٨) في كتاب قتال أهل البغي باب أهل البغي . فاعوا عن أبي حرة الراشدي عن عه عن النبي^{صلى الله عليه وسلم} الإمام أحمد في مسنده (٧٢/٥) عن أبي حرة الراشدي عن عه وابن حجر في تلخيص الحبير (٤٥/٣ - ٤٦) .

(٤) انظر هذا الدليل في الخاوي الكبير (١٩٤/٧) .

(٥) ما بين المكتوبين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) قال ابن قدامة : لنا أن عين مال المنصوب منه قائمة ؛ فلم ردعاً إليه ، كما لو ذبح الشاة ولم يشوها . ولأنه لو فعله بملكه ؛ لم يزل عه ، فإذا فعله بملك غيره لم يزل عه كما لو ذبح الشاة أو ضرب الفضة دراهم . انظر اغني مع الشرح الكبير ٤٠٣ - ٤٠٤ . (٧) في (ع) ، (م) : [درهما] .

تغير العين المنصوبة بفعل العاصب ٣٣٧١/٧

فالمخصوص أن للعاصب ^(١) أن يعطيه مثله ، ومنهم من قال : يشاركه فيه ويخالف المنصوص .

١٦٤٩٣ - فعلى هذا الخلط الذي يزيل الملك ، لو حصل في ملك نفسه لم يزل ملكه ، فإذا حصل في ملك غيره أزال ملكه .

١٦٤٩٤ - ولأن من طحن حنطة نفسه زال ملكه عنها ويحدد على « دقيقتها » ^(٢) ، فالوصف غير مسلم . فأما إذا ذبح الشاة « [فالاسم] » ^(٣) لم يزل ، يقال : شاة مذبوحة ، ولم تُفَتَّ عامة المنافع .

١٦٤٩٥ - وإنما [فأت] ^(٤) بعضها ، ألا ترى أن سائر منافع الأكل ماقية مثل إمكان والشواء ^(٥) والطبخ والقديد وإنما فانت منافع الحياة ؛ وأما الحسطة إذا طحنت ؛ فقد زال الاسم .

١٦٤٩٦ - الدليل عليه : أن الدقيق لا يستحق بالعقد على الحنطة . ولو عقد على حنطة فوجدها دقيقاً كان البيع باطلاً ، وقد فات أكثر المنافع ؛ لأنها لا تزور بعد الطحن وفانت بعض منافع الأكل ، وهو الطبخ والقلي وعمل السوق . وكذلك إذا قطع الثوب ولم يخطه فلم يزل اسم الثوب عنه ، وأكثر منافع الثياب باقية .

١٦٤٩٧ - وأما إذا ضرب الدراهم فلم يزل اسم القضة عنها ، ولا زال المنافع ، بدلالة : أن كل شيء يتخذ من النقرة يتخذ من المصوغ والمضروب .

١٦٤٩٨ - قالوا : التعدي على مال الغير إذا طرأ ؛ يخرجه من أن يكون مملوكاً [لم يزل ملك صاحبه عنه أصله ما تقدم] ^(٦) .

١٦٤٩٩ - قلنا : [التعدي على مال الغير] ^(٧) لم يزل الملك عندنا ، وإنما صار سبباً في الإزالة إذا حدث عن التعدي معنى من المعاني ، وهذا يزيل الملك ، بدلالة وطاء الجارية المشتركة إذا حبلت ، ووطء الأب جارية الابن عندنا ^(٨)

(١) في (ع) ، (م) : [للمالك] . (٢) في (ع) ، (م) : [وصحها] .

(٣) ما بين المسكوفين ساقط من (ن) . (٤) في (ع) ، (م) : [قامت] .

(٥) في (ع) ، (م) ، (ن) : [الشيء] وفي (أ) الخط غير واضح يظهر ، أنه الشواء أو الشواء والصواب ما أثبت لحاسبه لا بعده .

(٦) ما بين المسكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) ما بين المسكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) الأب إذا استولد جارية ابنة فلا يخلاف أنه يلزمه كمال قيمتها وتصير الجارية لم ولد له ، فلا يلزمه المهر =

وفى أحد القولين عندهم ^(١) .

١٦٥٠٠ - قالوا : لو ملكها حل له أكلها والتصرف فيها ، ولم يجب عليه أن يتصدق بها ؛ لأن من ملك شيئاً لم ينحصر تصرفه . أصله إذا ملك بالبيع ^(٢) .

١٦٥٠١ - قلنا : لا يمنع أن يملك الإنسان ما منع من التصرف فيه كما يمنع المشتري من التصرف في المبيع قبل دفع الثمن . هذا مع رضا المالك بزوال الملك . فلاذن بمع من التصرف في الموضع الذي لم يرض المالك بزوال ملكه أولى .

= عند الحنفية . والدليل على ذلك : هو قول النبي ﷺ : أنت ومالك لأبيك ؛ أخرجه أبو داود في مسنده كتاب البيوع باب الرجل يأكل من مال ولده (٢٨٩/٢) رقم ٣٥٢٨ وابن ماجه في مسنده في كتاب النكاح باب ما للرجل من مال ولده (٧٦٩/٢) وجه الدلالة : أنه ﷺ جعل مال الابن مضافاً إلى الأب ، فالأب ههنا أبنا وطعن جارية الابن واستولدها أوجبوا صيانة ماء الأب ، ولا يمكن صيانة مائه إلا بعد تقديم الملك ، فقدموا الملك على الوطء بالقيمة ، فبمحل كان الأب ههنا وأعطى ملك نفسه ، فإذا جمعه في حكم أنه وطئ ملك نفسه فلا مهر عليه ، لأن للأب حق الملك في مال ولده ، ولو وطئ جارية ابنة مع علمه بهرمتها لا يلزم الحد . انظر المبسوط (١٢٢/٥) ، رجوس المسائل ص ٣٨٤ ، الهداية (١٠٠/٢ - ١٢٢) .

(١) قال الشافعية : يحرم على الأب نكاح جارية ابنه ؛ لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها ، فلم يحل له نكاحها كالجارية للمشركة بينه وبين غيره ، وإذا وطئ الأب جارية ابنه فحرم على الابن بالمصاهرة وميب الولد وتصير مستولدة الأب على القول المنصوص ، ويقتدر انتقال الملك إليه مع الطلاق حتى يتمي فية الولد على أظهر الوجهين . انظر المهذب (٤٥/٢) ، الوجيز (٢١/٢) ، حلية السامع (٢٩٣/٦) ، الفروقة (٢٠٨/٧) ، نهاية المحتاج (٣٢٦/٦ ، ٣٢٧) .

(٢) انظر هذا الدليل في المنهي مع الشرح الكبير (٤٠٣/٥ ، ٤٠٤) .



تمليك الغاصب بالتضمين

١٦٥.٢ - قال أصحابنا : الضمان سبب للتمليك ، فإذا غصب عبثاً فتعذر ردها ، ضُحِنَ قيمتها ، وملكها بالضمان ، إن كانت مما تملك بالمقود . وإن ^(١) أحضرها الغاصب فهي له ^(٢) .

١٦٥.٣ - وقال الشافعي رحمه الله : لا تملك بالضمان ، فإذا قدر على ردها أخذها مالها ، ورد القيمة التي قبض ^(٣) .

١٦٥.٤ - لنا : أن كل [ما] ^(٤) يضمن به العين جاز أن يملكه . أصله البيع فلا يارم القتل والاستهلاك ؛ لأنه لا يملك بهما .

١٦٥.٥ - ولأنه ضمن المقد الذي يجوز نقل الملك فيها ؛ فوجب أن يكون سبباً للتمليك . أصله : إذا خلط الدهن بالذرة ، وإذا وطئ الجارية المشتركة .

(١) في (ع) ، (م) : [فإذا] وكلاهما صواب .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، البسوط (٦٦/١١ - ٦٧) ، تبيين احتفائين (٢٣٠/٥) ، الهبة (١٨/٤) ، البناية (٣٩٩/٨) ، رؤوس المسائل ص ٣٤٧ . وعبارة الرمشري : وإذا غصب عبثاً فأبى من يد الغاصب فأخذ المصوب منه القيمة ثم عاد العبد من الإفاقة ؛ فإنه يعود إلى ملك الغاصب عندنا .

(٣) انظر الإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٣٤/٣) ، المهذب (٣٦٨/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٢٧/١٤) ، حلية العلماء (٢١٤/٥ - ٢١٥) ، الحاوي (٢١٦/٧) وعبارة الشيرازي في المهذب : « وإن

دعب للمصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبثاً فأبى أو بهيمة فضلت كان للمصوب منه المطالبة بالقيمة ؛ لأنه حل بينه وبين ماله ، فوجب له البذل كما لو تلف . وإذا قبض البذل ملكه ؛ لأنه بدل ماله فضلكه يدل لنفسه . ولا يملك الغاصب المصوب ؛ لأنه لا يصح تحلكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمين كالتلف » . وهو قول

الإمام مالك والإمام أحمد ، فقد جاء في الذخيرة للقرافي (٣٠١/٨) : فإذا قضينا على الغاصب بالقيمة ثم ظهر للمصوب ملك أحده إن علمت أنه أنصفه وترد القيمة . لأنه ملكك فإن لم تعلم فلا . وقال صاحب الكافي (٤٢٨/١) . فأما إذا وجد ، فصاحبه أولى به على أي حال زاد أو نقص ، لأنه ملكه وماله . وجاء في المعني

مع الشرح الكبير (٤١٧/٥) - ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة ، فإن قدر عليه ، رده وأخذ القيمة . وحملته : أن من غصب شيئاً يعجز عن رده كعبد أبق ، أو دابة شردت فلم يصب منها المطالبة

بذله ، فإذا أعيده فملكه ولم يملك الغاصب العين المصوبة بل منى قدر عليها لزمه ردها وبسره قيمتها التي أنشأها . انظر أيضاً الشرح الكبير مع المعني (٤٣٦/٥ - ٤٣٧) ، المدعي (١٨١/٥) .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (ث) .

١٦٥٠٦ - فإن قيل : لا نسلم أن العبد الآبق يجوز نقل الملك فيه ^(١) .

١٦٥٠٧ - قلنا : إذا عين العين المفصولة في بلد آخر فللمالك تضمينه ، ونقل الملك فيها جائز . لأنه [لو] ^(٢) باعه ، صح باتفاق الحق بها في يده . ولو غصب العدم غاصب فضمن الأول ، فالعين يصح تمليكها ، لأنه يجوز بيعها من الغاصب الثاني . فإن العبد الآبق : فيبعه يصح من الغاصب عندنا ، لأنه في ضمانه ، وهذه المسألة مبنية على أن القيمة بدل عن العين وعند مخالفنا بدل عن الحيلولة بين المالك ومملكه ^(٣) . وقد غلط ؛ لأنه مال مأخوذ عن مال ^(٤) مملوك ، فكان بدلاً عنه [كالعبد إذا قتله .

١٦٥٠٨ - ولأنه سبب لضمان القيمة فكانت بدلاً عن المضمونة] ^(٥) كالقبض في البيع الفاسد . ولأنها مأخوذة في مقابلة ما يصح تمليكه ، كالثلث في البيع .

١٦٥٠٩ - ولأن الحيلولة السبب الموجب للضمان ، فالبديل في مقابلة السبب كالثلث في البيع في مقابلة المبيع . وليس هو بدل في مقابلة البيع ، والدية في القتل بدل من المقتول لا عن القتل ، والمهر في النكاح بدل عن الاستباحة لا عن النكاح .

١٦٥١٠ - وإذا ثبت هذا قلنا : ^(٦) [ملك] البديل عن العين التي يصح تمليكها ، فوجب أن يملك [العين كالثلث في المبيع ، ولأنه سلم بدل ملكه والمملك محل النقل ؛ فوجب أن يملك] ^(٧) عليه كالبيع . ولا يلزم إذا غرم الغاصب قيمة المذير ، لأنها بدل عنه عندنا لا عن الحيلولة ، كما يظن مخالفنا . إلا أن تمليكه لا يجوز فلا يملك ، كالدية المأخوذة في قتل الحر .

١٦٥١١ - ولا يلزم على هذه هبة على شرط العوض ، إذا سلم العوض مَلَكَةً بالقبض بدلاً عن الموهوب ، ولا يزول مَلَكُهُ عن الموهوب ؛ لأن الهبة لا تتم إلا بقبض عوضها ، فإذا قبض أحد العوضين فقد ملك هبة مضمونة ، ولم يصّر بدلاً حتى يقبض البذل الآخر ، ولهذا يضمن هذا المقبوض بقيمته حتى يسلم ما في مقابلته .

١٦٥١٢ - ولا يلزم إذا أكره على أن يبيع عبداً [في] ^(٨) جارية ، وسلم العبد

(١) في (ع) ، (م) : [فيها] .

(٢) انظر المذهب للشيرازي ص ٣٦٨ وعبارته : لأنه قيل بينه وبين ماله ؛ فوجب له البذل حتى لو تلف

(٣) في (ع) ، (م) : [غير] .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) ساقطة من (ص) وفي (ع) ، (م) أن يبيع عبداً وجارية والصواب ما أثبتناه .

فأعقته انقاص مملكته ونقد عقته فيه ، والجارية على ملكه [لأن بدل هذا العبد القيمة ، وقد استحققت على قابض العبد .

١٦٥١٣ - ولا يلزم البيع الفاسد ، فإذا اتصل به القبض ولم ينقد الثمن لزم ، لأن الثمن ليس ببديل ، وإنما القيمة البديل ، وقد ملكت عليه ^(١) .

١٦٥١٤ - فإن قالوا : من أصحابنا من قال : إنه لا يملك القيمة ، وإنما يقبضها لتحول بينها وبين الغاصب .

١٦٥١٥ - قلنا : هذه عبارة لا يحصل معناها ؛ لأنه يقبض القيمة ، ويجوز تصرفه فيها بسائر جهات التصرف ^(٢) وتورث عنه ، وهذه صفات المملوكات فتجتمع العبارة ولا يضرنا .

١٦٥١٦ - احتجوا : بقوله - عليه الصلاة والسلام - : « على اليد ما أخذت حتى ترد » ^(٣) .

١٦٥١٧ - قلنا : المراد به ما أخذت من ملك العين حتى ترد ، وبعد أخذ القيمة والمطالبة بها لم تبق العين ملكاً يجب عليه رده بظاهر الخبر .

١٦٥١٨ - وأما قوله تعالى : ﴿ إِنْ أَنْ تَكُونُ يَحْكُمَةَ عَنْ رَاضٍ بِكُمْ ﴾ ^(٤) قاله تعالى أباح الأكل والتجارة ، ونهي عن أكل المال بالباطل ، فما ليس بتجارة ولا أكل مال ياطل لا تتناوله الآية .

١٦٥١٩ - وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ^(٥) لا دلالة فيه ، لأنه لما طالب بالقيمة وأخذها فقد رضى ، وطابت نفسه بعوض ما أخذه .

(١) ساقفة من (ص) ومكانها : (لأنه يلزم البيع الفاسد ، إذا اتصل به القبض ولم ينقد الثمن ، لأن الثمن ليس ببديل وإنما القيمة البديل وقد ملكت عليه .

(٢) في (ع) ، (م) : [بسائر الجهات التي للتصرف] .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث ، انظر هذا الدليل في المحاري الكبير (٢١٧/٧) والتكملة الثانية للمجموع (٢٤٠/١٤) وذكروا وجه الدلالة من الحديث الشريف فقالوا : فجعل الرد غاية الأخذ ، ماقتضى عموم لظاهر استحقاقه في الأحوال كلها .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٩ ، وقالوا في وجه الدلالة من الآية : فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التسليم . انظر المحاري الكبير (٢١٧/٧) .

(٥) سبق تخريج هذا الحديث في المسألة رقم (٨١٦) .

١٦٥٢٠ - قالوا : غرم ما تعذر رده بخروجه من يده فلا يملكه . أصله إذا غصب مديراً فأبقى منه ^(١) .

١٦٥٢١ - قلنا : المعنى في المدير : أنه لا ينتقل الملك فيه إلى الموصى له فلم يمت بالضممان [كما لو أخذ] ^(٢) القيمة بالتراضي .

١٦٥٢٢ - فإن قيل : المدير ينتقل إلى الموصى له إذا [أبطل] ^(٣) المولى ^(٤) المدير . فجاز أن يملك بالضممان كما لو أعتق أحد الشريكين [العبد] ^(٥) وهو موسر . من نصيب شريكه . فالضممان ^(٦) من أسباب الملك لم يصح إلا فيما يملك بالبيع ^(٧) فما ثبت في المدير وأم الولد علم أنه ليس من أسباب الملك .

١٦٥٢٣ - قلنا : ضمان الغصب الذي يفيد الملك لا يصح إلا فيما يملك عندنا ؛ لأن المدير يجوز أن ينقل فيه الملك بحكم الحاكم ، والآخر يجوز بيعه ممن هو في يده ، ويجوز بيعه من العاصب ، لأنه في ضمانه ؛ ولهذا قال أبو حنيفة : إن ما لا ينقل فيه الملك لا يضمن بالغصب ، كأم الولد ^(٨) .

١٦٥٢٤ - ولأن البيع تمليك بالمقد ، وهنا تمليك من طريق الحكم فهو أكد ، فيحور أن يصح فيما لا يصح بيعه ، كما أن الإرث ينتقل به ما لا ينتقل بالبيع ^(٩) .

١٦٥٢٥ - قالوا : بدل عن جناية فلم يستقر ، فإذا تبين أن الجناية غير موجودة ؛ وجب رد البذل ^(١٠) ، كمن ضرب عين رجل فابيضت فغرم الأرض ثم زال البياض وجب رد الأرض ^(١١) .

(١) انظر هذا الدليل في المتن مع الشرح الكبير (١٧/٥) وعبارته « ولأنه غرم ما تعذر عليه رده ، بخروجه من يده ، فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مديراً » .

(٢) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ص) : [إذا أبطل] .

(٤) في جميع النسخ الولي والصواب ما أثبتناه لأن السياق يقتضيه .

(٥) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ع) ، (م) : [كالضمان] . في (ع) ، (م) : [كالبيع] .

(٨) انظر الهداية (٢٣/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) .

(٩) قاعدة : « الإرث ينتقل به ما لا ينتقل بالبيع » .

(١٠) في (ع) ، (م) : وجب به البذل .

(١١) الحارثي الكبير (٢١٧/٧) وعبارة الماوردي : « ولأن كل بدل وجب بغوات البذل كان عود نهيد » .

١٦٥٢٦ - وربما قالوا : غرم على ظن أن حقه قد فات ، فصار كالبياض إذا زال .
١٦٥٢٧ - قلنا : يبطل إذا تعذر تسليم المبيع فقتضى للمشتري بالثمن ، ثم أمكن التسليم . والمشتري يجد [بالمبتاع] ^(١) عيبا ^(٢) فيرده ويأخذ الثمن ويؤول العيب ، و [بالقاضي] ^(٣) إذا فسخ النكاح بالغة بعد مضي السنة ^(٤) ثم زالت العنة .
١٦٥٢٨ - ولا نسلم أن العاصب يقرم البذل على الجناية ، وإنما يقرم بدل العين على ما قدمنا . والمعنى في الجناية : أن الأرض يجب بفوات المنفعة ، أو الجمل إذا زال البياض فلم / يفت واحد منهما . والقيمة [في مسائلتنا عوض عن العين ، والعين قد سلمت للعاصب ، فلم يفسخ التضمن فيها] ^(٥) .

١٦٥٢٩ - قالوا : إذا كان يقرم القيمة لعدم القدرة على الأصل ، يسقط البذل بالقدرة ، كالتيمم إذا قدر على الماء ^(٦) .

١٦٥٣٠ - قلنا : قدر على المبدل بعد الملك المخصوص [منه] ^(٧) البذل فصار كالقدرة على الماء بعد الصلاة بالتيمم .

١٦٥٣١ - قالوا : المأخوذ لا يخلو أن يكون ثمتا أو قيمة ، والثمن لا يكون إلا بالتراضي ، والقيمة لا تجب إلا عن متلف ^(٨) .

١٦٥٣٢ - قلنا : تعذر الوصول إلى العين جعل العين في حكم المتلف ، ولهذا يجوز إيجاب القيمة مع بقائها كما يجب عند تلفها .

١٦٥٣٣ - قالوا : غرم القيمة على قولهم فوات العين ، فإذا ظهرت كان له المطالبة

^{*} مرجع لسقوط البذل قياسا على الجنائي على عين ما يصت ثم زال بياضها ، أو على يد فشتل ثم زال شللها .

(١) في (ص) : [بالمبتاع] .

(٢) في جميع النسخ والعبد يجد به المبتاع عيبا ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ص) : [بالقاضي] .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) : [العنة] .

(٥) ما بين المكونين ساقط من (ن) .

(٦) الحارثي الكبير (٢١٧/٧) وعجارة الماوردي : ولأن كل بدل جاز المصير إليه لفقد ببدله كان وجود

للمل ساقطا في التصرف في بدله ، كالتيمم إذا وجد الماء ، وأكل الميتة إذا وجد الطعام .

(٧) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) في (ع) ، (م) : [مكلف] . انظر هنا الدليل في المذهب (٣٦٨/١) ، الوجيز (٢٠٩/١) وعجارة

الشوكراني : ولا يملك العاصب المخصوص لأنه لا يصح تملكه بالبيع فلا يملك بالتضمن كالتلف .

بها ، كما لو أخذ القيمة بقول الغاصب ^(١) .

١٦٥٣٤ - قلنا : إذا ضمن بقوله ثم ظهرت العين زائدة القيمة ، فقد تم التملين وثبت للمغصوب [منه] ^(٢) الخيار . ولأن القاضي نقل المملك على شرط فبان بخلافه . وهذا كمن ابتاع عبداً على أنه خثاز فوجده بخلاف ذلك .

١٦٥٣٥ - قالوا : ظللتا إذا وقع على ما يملك ملكاً لا يقع على ما لا يملك كالبيع والنكاح وعكسه الوكالة ^(٣) .

١٦٥٣٦ - قلنا : ضمان الغصب الذي يُملك به لا يثبت إلا فيما يُملك على ما قدمنّا . ويبطل هذا بالوصية ، فإنها إذا وقعت فيما يملك مُلكاً ، ويصح فيما لا يملك عندهم وهو الكلب ^(٤) ويكون الموصى لهم الحق به .

(١) انظر هذا المعنى في المتن مع الشرح الكبير (٤١٧/٥) .

(٢) ما بين المحكوفين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٣) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢١٧/٧) وعبارته : « ولأن ما أوجب ملكاً بذلك تملك مبدله كان امتناع ملك المبدل مبطلًا لملك البدل ، كالبيع لا يملك به ثمن أم الولد ؛ لأنها لا تملك ، ويملك به ثمن غيرها فما يملك ، فما استوي في الغصب بدل ما يجوز أن يملك من الأموال وما لا يجوز أن يملك من الأثاث وأمهات الأولاد دل على أن ملك البدل فيما لا يوجب تملك مبدله .

(٤) تصح الوصية عند الشافعية بكل مقصود يقبل النقل ، بشرط أن لا يراد عن الثلث . ولا يشترط كونه موجوداً أو عبثاً ولا كونه معلوماً ومقدوراً عليه ، ولا كونه مبيعاً ولا كونه مالاً ؛ إذ تصح بالكلب ، المتنع به وجلد الميتة ، والخنزير المحترمة ، وكل ما ينقل إلى الوارث . ولو أوصى بكلب ولا كلب له لم يصح ، لأن شرائه متعسر ، وإن كان له كلاب ولا مال له سواها ، توجه اعتباره من الثلث . اهـ انظر الوجيز (١٢١/١)



غصب الساجة والبناء عليها أو حولها

١٦٥٣٧ - قال أصحابنا : إذا غصب ساجة ^(١) فبنى عليها تقضى البناء ^(٢) . وإن بنى حولها لم ينقض ^(٣) .

١٦٥٣٨ - وذكر محمد في كتاب الصرف ما يقتضي التسوية بين الأمرين ^(٤) وهو الصحيح .

١٦٥٣٩ - وقال الشافعي رحمه الله : ينقض وترد على صاحبها . وقال فيمن غصب خيلاً فخطأ به جرحه أو جرح عبده : فإن نزعه خاف التلف أو زيادة العلة لم ينزعه . وإن كان لا يخاف التلف ولا زيادة العلة ولا التثنية ولا إبطاء برء فإنه ينزعه .

(١) في (ع) ، (م) ، (ن) ساجة والساجة نوع من الشجر له حشب حسن وجمعها ساجات لا بيت إلا بالهد ويصل منها إلى غيرها ، وقال الرمخشري : الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تلبه بالجمع . سيجان مثل البار واليران . وله معان أخرى والمعنى المذكور هو المقصود . المصباح اللير (٣٤٥/١) مادة سوج ، لسان العرب (٢١٤١/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٥٨/٣) مادة سيج . (٢) هنا إذا كانت قيمة البناء أكبر من قيمة الساجة ، أما إن كانت قيمة الساجة أكبر من قيمة البناء ؛ لم يؤخذ ملك مالها عنها بالإجماع . انظر التباية على الهداية (٣٧٩/٨) .

(٣) بدائع الصالح (١٤٩/٧) ، الميسوط (٩٣/١١ - ٩٤) ، الهداية (١٦/٤) ، التباية على الهداية (٣٧٨/٨ - ٣٧٩) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) ، تكملة البحر الرائق (١٣١/٨ - ١٣٢) ، وعبس مسائل ص ٣٤٩ ، نتائج الأكتاف (٢٦٥/٨) . وعبارة التزيلى : « قال الكرخي والفتية أبو جعفر : إنما ينقطع حق المالك من الساجة إذا بني عليها ، وأما إذا بني حولها فلا ينقطع حق المالك ؛ لأنه تمتد في البناء عليها والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء يهدم للرد ، كما إذا بني في الأرض المنقوصة . وقال الكاساني في الممتع : وذكر الكرخي : أن موضوع مسألة الساجة ما إذا بني الغاصب حوالي الساجة لا على الساجة ، فأما إن بني على نفس الساجة ؛ لا يطل ملك المالك ، بل ينقص ، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهدواني رحمه الله . (٤) قال السرخسي : ذكر الإمام محمد بن الحسن في كتاب الصرف : أنه لو غصب بكرة واتخذ منها عروة مرادة فنقطع حق المالك عنها ، وهو في العمل هنا تمتد ؛ لأن عمله في ملك الغير ؛ فدل أنه لا فرق بين أن يكون عسه في ملك الغير أو في ملك نفسه . انظر الميسوط (٩٤/١١) والضابط فيه : أنه متى تميزت العين المنصوبة بعمل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها ، أو اختلطت بملك الغاصب ، بحيث لا يمكن تمييزها أصلاً إلا بصرح ، زال ملك الغاصب منه عنها وملكها الغاصب وضمتها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بطلانها . والبناء على الساجة بهذه المثابة فيملكها الغاصب . انظر تبيين الحقائق (٢٢٦/٥) والبحر الرائق (١٣٠/٨) .

١٦٥٤ - وإن خاف النتن أو إبطاء البرء ، فقيمته . والبخل والحمار كالآدمي والكلب والخنزير تقلع في جميع الأحوال ، وأما الحيوان المأكول كالبقرة والغنم فمن صنف أنه لا يجب الرد .

١٦٥٤١ - قال الربيع ^(١) فيها قول آخر : أنه يجب الرد ^(٢) .

(١) هو أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد الحارث بن كامل المرادي بالولاء ، المصري المؤذن ، صاحب إنبه الشافعي وراوي كتبه ، وأول من أملى الحديث بهجامع ابن طولون . ولد سنة ١٧٤ هـ . روى عنه أبو داود والسنائي وابن ماجه وأبو زرعة الرازي والطحاوي ، وقد روى عنه أكثر من مائتي رجل كُتِبَ الشافعي ، كذا من كبار العلماء لكن ما كان يبلغ رتبة إزمي في الفقه ، كما أن المرني لا يبلغ رتبة الربيع في الحديث ، وتري سنة ٢٧٠ هـ بمصر . انظر المنظوم (٢٣٨/١٢) ، شذرات الذهب (١٥٩/٢) ، سير أعلام النبلاء (١٢/١٢) - ٥٨٧ - ٥٩١ . طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (١٣٢/٢ - ١٣٣) ، الأعلام (١٤/٣) .

(٢) الأم (٢٦١/٣) ، حلية العلماء (٢٤٢/٥) ، المذهب (٣٧٢/١ - ٣٧٣) ، مني الخفاج (٢١٩/٢) والحارثي الكبير (١٩٨/٧ - ٢٠٢) ، روضة الطالبين (٥٤/٥ - ٥٦) . وعبارة الشيرازي في المذهب : « وإن غصب سائحا فأدخله في البناء أو خيطا فخط به الشيء نظرت ، فإن عفن السائح وبني الخيط ، لم يؤخذ برده ، لأنه صار مستهلكا فسقط رده ووجبت قيمته . فإن كان بائنا على جهته نظرت ، فإن كان السائح في شيء والخيط في الثوب ، وجب نزع ورده ؛ لأنه معصوب يمكن رده ، فوجب رده كما لو لم يكن عليه ولم يخط به . وإن غصب حيطا فخط به جرح حيوان : فإن كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب برده ورده ؛ لأنه لا حرمة له فكان كالثوب . وإن كان محرم الدم : فإن كان مما لا يؤكل كالأدمي والحمل والحمل وخيف من نزع الهلاك لم ينزع ، لأن حرمة الحيوان أكد من حرمة المال ، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغيره لحفظ الحيوان ، ولا يجوز أخذه لحفظ المال ، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال . وإن كان مما يؤكل فيه قولان : أحدهما يجب رده ؛ لأنه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالسائح . والثاني : لا يجب رده ، لأن النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٩٧/٢) . والقول الأول : رواه الربيع ضال تدبirc لينزع الخيط منها ؛ لأنه قد يوصل إلى أخذه على وجه مباح . والقول الثاني : رواه المرني وحرمة : أنه يغز الخيط ولا ينزع ويؤخذ الفاصب بقيمته . وقال زفر من الحنفية : لا يقضي حق صاحب الساحة . فهو يري منه المسألة مع الشافعية . انظر المبسوط (٩٣/١١) والنباية (٣٧٩/٨) وحاشية الشلبي على البين (٢٢٨/٥) وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الشافعية في هذه المسألة ؛ فقد جاء في الذخيرة : إذا غصب حشة أو حرما من عليهما ملك أخذهما ، وهدم البناء . وكذلك إن غصب ثوبا فجمعه ظهارة لحبة فملك أخذه أو نصب فيه الثوب . انظر الذخيرة (٣٢٤/٨) ، التفرع لابن الجلاب (٢٧٧/٢) ، الكافي لابن عبد البر (١٣١/١) - ١٠ حاشية الدسوقي (٤٤٨/٣) . قال الحنابلة وإن غصب شيئا فشمعه بملكه كحيط حاط به ثوبا أو نحوه أو حذر بني عليه نظرتا : فإن بقي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشية فقلقت لم يؤخذ برده ، ووجبت قيمته ؛ لأنه صار هالكا فوجبت قيمته ، وإن كان بائنا بحاله لزم رده وإن انتقض البناء وانفصل الثوب . الخفي مع الشرح فكم (٢٤٤/٥) ، المبدع (١٥٥/٥) .

غصب الساجة والبناء عليها أو حولها = ٣٣٨٩/٧

١٦٥٤٢ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » [ولا ضرر] (١)
في الإسلام (٢) وفي قلع البناء إضرار بمال الغاصب (٣) .
١٦٥٤٣ - فإن قيل : في منع الساجة إضرار بمالكها .

قلنا : الضرر يلحقه بنقل ملكه إلى العوض ، فذلك أخف من إتلاف الملك من غير
عوض . وإذا وجب دفع الضرر ولم يكن بد من الضرر فإن دفع [أعظم] (٤) الضررين
أولى (٥) .

١٦٥٤٤ - ولا يقال : الإضرار بمال الغاصب الجاني أولى ؛ لأن الخلاف بيننا فيمن
بنى على ساجة اعتقد غصبها ، ومن بنى على ساجة فظنها له يكونان سواء ، وهذا ليس

(١) بدل من [ولا ضمان] في جميع النسخ وهو من تحريف النسخ فكلمة [ولا ضمان] زائدة وغير
موجودة في كتب الحديث .

(٢) أخرجه البيهقي في مصب الرأية (٣٨٤/٤) في كتاب الدييات ، باب ما يحدث الرجل في الطرق بهذا
اللفظ . وأخرجه ابن ماجه في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »
وكذلك روى عن عباد بن الصامت (٧٨٤/٢) رقم ٢٣٤٠ و ٢٣٤١ كتاب الأحكام ، باب ما يني في
حقه ما يضر بجاره . وفي الزوائد : حديث عباد بن الصامت رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »
الترمذي وابن عدي لم يدركا عباد بن الصامت ، وقال البخاري : لم يلق عباد . ورواه الدارقطني (٧٧/٣)
عن أبي سعيد الخدري ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٦٩/٦) عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ
قال : « لا ضرر ولا ضرار » من ضار ضره الله ، ومن شاق شق الله عليه « كتاب العلم باب لا ضرر ولا
ضرار - روي أحمد في مسنده (٣١٣/١) عن عبد الله بن عباس . ورواه الحاكم في المستدرک عن أبي
سعيد الخدري ، كتاب البيوع (٥٨/٢) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، على شرط مسلم ، ولم
يخرجاه . ورواه الطبراني في معجمه الكبير عن ابن عباس (٣٠٢/١٨) رقم ١١٨٠٦ .

(٣) انظر هذا الدليل في تبين الحقائق (٢٢٨/٥) وقد أجاب الشافعية عليه فقالوا : فأما الجواب عن قوله
ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » فهو أنه مشترك الدليل ؛ لأن في منع المالك نوع إضرار به ، فكان دخول الضرر
به على الغاصب ورضه عن المصوب منه ، أولى من دخوله على المصوب منه في تيسير أمره ورضه عن
الغاصب . انظر الحاوي الكبير (١٩٩/٧) .

(٤) ما بين المشكوكين ساقط من (ص) ، والصواب ما أتينا من باقي النسخ الثلاثة .
(٥) بناء على القاعدة : إذا تعارضت مفسدتان ووعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما . ومثاله : لو أن امرأة لو
صلت قائمة يتكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة ، ولو حصلت قاعدة لا يتكشف منها شيء ، فإنها تصلّي قاعدة
لأن ترك القيام أهون . وذلك أن دفع الضرر واجب ويضمن دفع الضرر لها لإيجاب قيمة المصوب حقاً للمصوب
منه ، ليتوصل هو إلى مالية ملكه ، وبقي حق صاحب الوصف ، فإنه لا بد من إلحاق الضرر بأحدهما ، إلا أن في
الإضرار بالغاصب إهدار حقه ، ودفع الضرر واجب بحسب الإمكان ، وضرر الفل دون ضرر الإبطال ، وإن كان
الغاصب ظالماً إلا أن الظالم لا يُظلم بل ينصف . انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٩ بالمبسوط (٩٤/١١) .

بظالم ولا جان ، ولأن جانيه لا يبيع إتلاف ماله ؛ فصار من هذا الوجه كغير المصائب .
١٦٥٤٥ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ أَعْتَكَى عَنْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ ﴾ (١) الآية والمصائب لم يقصد أن ينقض البناء ؛ فلا يجوز أن ينقض بناؤه .

١٦٥٤٦ - فإن قيل : الواجب الاعتداء بإيجاب الرد بدلالة ما قبل البناء .
١٦٥٤٧ - قلنا : الظاهر يقتضي إيجاب المثل قبل البناء وبعدة ، والمثل في القيمة ، وإنما تركنا الظاهر قبل البناء [به] (٢) .

١٦٥٤٨ - ولأن ملك الغير صار تابئاً للملكه على وجه يلحقه الضرر برده ، فنسقط رده عنه ، كمن غصب خيطاً فخاط به جرحه أو جرح عبده أو حماره . قالوا : لا نسلم أنه صار تابئاً .

١٦٥٤٩ - قلنا : معنى بذلك أن الساجدة لو كانت للمصائب دخلت في بيع الدار من غير تسمية ، فدل أنها تابعة .

١٦٥٥٠ - قالوا : إنما تكون تابعة إذا اتفق الملك ، فإذا اختلف لم تتبع ، كمن باع جارية حاملاً دخل حملها في البيع ، ولو كان حملها لغيره لم يدخل لافتراق الملكين .

١٦٥٥١ - قلنا : هي تابعة من الوجهين ؛ لأنه إذا باع الدار والمشتري لا يعم بحال الساجدة ، اقتضى العقد دخول الساجدة حتى لا [يصح بجميع الثمن دونها ، وكذلك إذا باع الجارية الحامل وحملها لغيره بطل البيع] (٣) فلو أنها تابعة للأصل في المسألتين لم يثبت [لها حصّة] (٤) من غير تسمية ، ولم يفسد البيع ولصارت ولجارية الحامل سواء .

١٦٥٥٢ - ولا يلزم إذا غصب أرضاً فبنى أو غرس ؛ لأن الأرض تصير تابعة للعرس والبناء ، بدلالة أنها لا تدخل في بيعه على وجه البيع .

١٦٥٥٣ - فإن قيل : المعنى في الخيط : أن له أخذه ابتداء من غير إذن المالك .

١٦٥٥٤ - قلنا : إذا خاف الرجل بوقوع حائط عليه أو على مارة الطريق كان له أخذ ساجدة الغير بغير إذنه ليعمل بها حائطه . وأما الأصل : فهو أن من أخذ خيطاً وهو يجد خيطاً غيره فلا تسلم أن له أخذه من غير إذن صاحبه .

(١) سورة القرة : الآية ١٩٤ .

(٢) ما بين المكوّنين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أئتمناه من (ن) .

(٣) في (ص) : [يصح لغيره إبطال البيع] . (٤) في (ص) : [حصته] .

١٦٥٥٥ - قالوا : المعنى في الحيط أنه ليس للغاصب رده فلم يجب عليه ، وفي مسألتنا له رد الساجة فنزله ردها .

١٦٥٥٦ - قلنا : إذا وجب له على عبده القصاص فله أن يختار القصاص ، ويرد الحيط ، ولا يجب عليه . وأما القرع : فلا نسلم [قبل النقض] ^(١) أن له الرد ؛ لأنه لا يجوز ^(٢) له إلتلاف ماله من غير عوض ، وهو بقدر على إسقاط الضمان بالقيمة .

١٦٥٥٧ - فإن قيل : له عرض صحيح ليتخلص من المأثم بإجماع .

١٦٥٥٨ - قلنا : لا يجوز له ذلك لهذا الغرض . ألا ترى أن من كان في سفر فوجد ما يتوضأ به بجميع ماله [لم يحل له] ^(٣) ابتاعه . وإن كان يتخلص بذلك من المأثم ، على قول من يوجب عليه ابتياع الماء بما عُرِّ وهان ^(٤) .

١٦٥٥٩ - فإن قالوا : المعنى في الحيوان أن له حرمة بنفسه وحرمة بماله فإذا سقطت حرمة ماله بالتعدي [بقيت حرمة الحيوان ، فلم يجوز قلع الحيط . والبناء له حرمة بماله ، فإذا سقطت حرمة المالك بالتعدي] ^(٥) ، وفي الغصب لم يبق هناك حرمة أخرى .

١٦٥٦٠ - قلنا : إذا خاطب به جرحه فقد سقطت حرمة بالتعدي ، ولم يبق هناك حرمة أخرى ، فكان يجب [أن] ^(٦) يقطع الحيط ، وقد أجمعنا أنه لا يقطع ، ثم لا

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) . - (٢) في (ن) : [يجوز] .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) (ع) ، (م) ، [بما عروها] . توضيح هذه المسألة أنه إذا كان الإنسان في سفر ولم يجد الماء إلا بمنع بعضه يجوز له أن يتيمم بالصعيد الطاهر تيممًا وتخفيفًا له من الله تعالى ؛ إذ لا حرج في الدين . وإن كان لا تمن له ، أو كان له ثمن ، ولكن لا يبيعه إلا بيمينه أو بيمين فاحش يتيمم . ولا يلزمه الشراء عند عامة العلماء . وقال الحسن البصري : يلزمه الشراء ولو بجميع ماله ، لأن هذه تجارة رابحة . واستدل عامة العلماء أنه عجز عن استعمال الماء إلا بإتلاف شيء من ماله . لأن ما زاد على ثمن المثل لا يقبله عوض ، وحرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال النسي ^{رحمته} : حرمة مال المسلم كحرمة دمه ؛ أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع رقم (٢٦/٩٤٣) ، تنخيص المحرر (٤٦/٣) ، مجمع الزوائد (١٧٥/٤) ، حلية الأولياء ٣٣٤/٧ ط دار الفكر ، وكتر العمال (٩٣/١) رقم ٤٠٤ . ولهذا أبيح له القتال دون ماله ، كما أبيح له دون نفسه وعرضه ، ثم خوف فوات بعض النفس سبيح للتميم ، فكذا فوات بعض المال ، بخلاف الثمن اليسير . والعين الفاحش مقدر بتضعيف الثمن . وذكر في النوادر أنه إذا كان الماء يشتري في ذلك الموضع ب درهم وهو لا يبيعه ب درهم ويصف ب درهم الشراء . وإن كان لا يبيع إلا ب درهمين لا يلزمه . وإن كان يبيعه بثلث المثل في ذلك الموضع يلزمه الشراء ، لأنه قدر على استعمال الماء بالقفزة على يده من غير إلتلاف ، فلا يجوز له التيمم . انظر الهداية (٢٥/١) ، بدائع الصالح (٤٧/١ - ٤٩) .

(٥) (٦) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

نسلم أن حرمة مال الغاصب تسقط بسبب غصبه بما لا يسقط حرمة عدده بنفسه .
وكما لا تسقط حرمة في نفسه .

١٦٥٦١ - قالوا : المعنى في الأصل : أنه إدخال ضرر على حيوان ، والبناء بخلافه .

١٦٥٦٢ - قلنا : يبطل إذا خاط به جرح كليه وشانه .

١٦٥٦٣ - قالوا في الكلب يقطع ، وجهاً واحد ، وفي الشاة ، على وجهين ولأر
المغصوب صار تباعاً للملك الغاصب ومستهلكاً فيه ، فصار كما لو غصب الساجدة . حتى
لو قلع البناء ^(١) . وكما لو غصب مسمازاً فسمر به السفينة وهي في لجة البحر .

١٦٥٦٤ - ولأنه لا يمكن رد ماله إلا بإتلاف مال متبوع ، فصار كما لو ابتلع لغيره
درهماً لم يجب ذبح البعير لرد الدرهم على صاحبه .

١٦٥٦٥ - ولا يلزم إذا ابتلعت الدجاجة لؤلؤة ألا يجب على صاحب الدجاجة
ذبحها ، وله أن يضمن قيمة اللؤلؤة لصاحبها ^(٢) .

١٦٥٦٦ - ولأن من غصب خيطاً فخاط به جرح حمارة وليس في رده نفس التلف ،
بل يجوز أن يتلف ماله بذلك ، ويجوز أن يسلم . وفي مسألة البناء يتيقن ^(٣) تلف ملكه ،
فلذا لم يجب قلع الخيط مع عدم تمييز التلف فلأن لا يجب في مسألتنا أولى .

١٦٥٦٧ - احتجوا بما روى قتادة عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
« على » ^(٤) اليد ما أخذت حتى تؤديه » ^(٥) .

١٦٥٦٨ - قلنا : معناه ما أخذت من ملك الغير [فقلوه : « تؤديه » كتابة عن ملك
الغير ، لا تسلم أن الساجدة ملك الغير] ^(٦) فلم يتناولها الخبر .

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٠١/٧ - ٢٠٢) .

(٢) عند الشافعية إذا غصب جوهرة فباعتها بهيمة له ، فإن كانت البهيمة لا توكل ضمن قيمة الجوهرة ، لأنه بعد
ردّها ضمن البديل ، وإن كانت مما توكل ففيه وجهان ، بناء على القولين في الخيط الذي حيط به جرح ما يؤكل
الأول : نذبح عليه ، وتؤخذ الجوهرة من جوفها ، والثاني : لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة . وبعد المعنى .
لو بعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فصاحبه أن يأخذ ويضمن قيمة الأخرى . انظر المهذب (٢٧٣/١)
الحاوي (٢٠٦/٧ - ٢٠٣) ، البحر الرائق (١٣٣/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٢٦/٥) .

(٣) في (ع) ، (م) : [بنقض] .

(٤) ما بين المكونتين ساقط من (ص) ، والصواب ما أشتبه كما في باقي النسخ وكما في كتب السي

(٥) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٩٩/٧) وقد سبق ترجمة سلسلة أعلامه وتخريجها من ١٩٧ مسألة

(٦) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

غضب الساجدة والباء عليها أو حولها ٣٣٨٥/٧

١٦٥٩٩ - قالوا : روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه (١) .

١٦٥٧٠ - قلنا : لا يحل عندنا (لمن أخذ الساجدة أثنائها ولا التصرف فيها) (٢) وإما حل له بتفريقها بعد ما زال ملك مالکها عنها ، فأما أن يكون أحللتا ملكه بغير احتياره فلا .

١٦٥٧١ - قالوا : روى عبد الله بن السائب (٣) عن أبيه (٤) عن جده (٥) أن النبي ﷺ قال : لا يأخذ أحدكم مال أخيه جاذًا ولا لاعتًا ، فمن أخذ عصا أخيه فليردها (٦) .

(١) سبق تخريج هذا الحديث . انظر هذا الدليل في الحواشي الكبير (١٩٩/٧) ولكن رواية عبد الله بن سعيد عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل لأمري أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه ، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم وهذا خبر ظاهر كالنص . رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦) كتاب العصب ، باب من غصب لوحًا فأدخله في سفينة . وانظر أيضًا التلخيص الحبير (٤٦/٣) وكثر العمال (٣٣٧/١٠ - ٣٣٨) رقم ٣٠٣٤٣ - ٣٠٣٤٤ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) هو أبو محمد عبد الله بن السائب بن يزيد بن سعيد الكلبي الأسدي ، روى عن أبيه وعن جده عن النبي ﷺ الحديث الذي في المتن ، وروى عنه الأعمش وأبو إسحاق الشيباني والعمام بن الحارث وسفيان الثوري وغيرهم . قال السائي : ثقة . وذكره ابن حبان في كتاب الثقات . توفي سنة ١٢٦هـ في حلة الويد ابن يزيد بن عبد الملك . انظر تهذيب الكمال (٥٥٥/١٤ - ٥٥٦) ، التاريخ الكبير للبخاري (١٠٣/٥) رقم ٢٩٦ ، تهذيب التهذيب (٢٠٢/٥) ، تقريب التهذيب (٤١٨/١) .

(٤) أبوه هو السائب بن يزيد بن سعيد ولد سنة ثلاثة من الهجرة وتوفي بالمدينة سنة ٩١هـ أو نحو ذلك . روى عن النبي ﷺ وسعد بن أبي وقاص وطلحة بن عبيد الله وعثمان بن عفان وعمر بن الخطاب ومعاوية بن أبي سفيان وأبيه يزيد بن سعيد وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الله ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري وغيرهما ، قال السائب : حج بي أبي مع النبي ﷺ وأنا ابن سبع سنين ، قال الذهبي : له نصيب من الصحة والرواية . قال ابن عبد البر : كان عاملًا لعمر على سوق المدينة وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة . انظر الإصابة (٣١٤/٢) ، سير أعلام النبلاء (٤٣٧/٣ - ٤٣٨) ، تهذيب الكمال (١٩٣/١٠ - ١٩٤) ، تهذيب التهذيب (٣٩١/٣) .

(٥) هو يزيد بن سعيد ، له صحة أسلم يوم الفتح ، وصحب النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه السائب بن يزيد . انظر أسد الغابة (٤٩٠/٥) ، وتهذيب الكمال (١٤١/٣٢) ، وتهذيب التهذيب (٢٨٩/١١) .

(٦) رواه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٦٢/٤) كتاب الفتن ، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يورع سلفًا عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده رقم ٢١٦٠ . قال أبو عيسى الترمذي : هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب . ورواه أبو داود في سننه كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المباح (٣٠١/٤) رقم ٥٠٠٣ . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٢/٦) كتاب العصب ، باب تحريم العصب وأخذ أموال الناس بغير حقه . ورواه الإمام أحمد في مسنده (٢٢١/٤) وكثر العمال (٦٣٧/١٠) .

١٦٥٧٢ - قلنا : أمره برد عصا آحيه ، وقد بينا أنها لا تكون للأخ بعد البناء فلم يتناولها الخبير .

١٦٥٧٣ - قالوا : روى أن النبي ﷺ قال : « وليس لعرق ظالم حق » ^(١) .

١٦٥٧٤ - قال الشافعي : المراد به كل موضوع بغير حق ^(٢) .

١٦٥٧٥ - قلنا : العرق يكون للغراس والزرع ، وقول الشافعي المراد به كل موضوع بغير حق [لا] ^(٣) يدل عليه الظاهر ، ولا أجمعوا عليه ، وإن كان ينقص ذلك عدنا فيما بينا ، فيجب أن يبين العلة ويسقط الاستدلال بالخير .

١٦٥٧٦ - قالوا : مغضوب ، له رده وكان عليه رده إذا لم يبين عليها ، وإذا أدخنها بيننا وسده ^(٤) .

١٦٥٧٧ - قلنا : لا نسلم أن له رده قبل « تقض » ^(٥) البناء على ما قرره ، ويطل بالخير إذا دخل دار الإسلام ^(٦) فغضب مألأ ونقله إلى دار الحرب ^(٧) فله رده . وإن امتنع لم يجبر على الرد ، ويطل بمن غصب عبداً مرهته المالك عند الغاصب ، فللغاصب رده ، ولا يجبر على الرد ^(٨) .

١٦٥٧٨ - قالوا : لا يجوز إلا بعد فسخ الرهن ، فإذا فسخ صح الرد ووجب ^(٩) .

١٦٥٧٩ - قلنا : يجوز له الرد بشرط تقديم الفسخ ، ولا يجبر على الرد . وعلى

= رقم ٣٠٣٤١ والتخصيص الجدير (٤٦/٣) ونصب الراهبة (١٦٧/٤) . والمغني مع الشرح الكبير (٤٢٣/٥) .

(١) هنا جزء من الحديث الشريف قد سبق تخريجه .

(٢) انظر كتاب الأم للشافعي (٢٥٥/٣) . (٣) ما بين المكونين ساقط من (٥) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٩٩/٧) ، المهذب (٣٧٢/١) ، عبارة الشيرازي في المهذب ٣٤٥ مغضوب يمكن رده فوجب رده كما لو لم يبين عليه ولم يخط به » .

(٥) في (ع) ، (م) : [قض] .

(٦) هي كل موضع كان الظاهر فيه حكم الإسلام فالقوة فيه للمسلمين . انظر المبسوط (١١٤/١٠) .

(٧) هي كل موضع ظهر فيه حكم الشرك فالقوة في ذلك الموقع للمشركين . قال ابن منظور : دار الحرب

بلاد المشركين الذين لا يصح بينهم وبين المسلمين . انظر المبسوط (١١٤/١٤) ولسان العرب (٨١٦/٢) .

(٨) فإن غصب شيئاً رده المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب وقال الرزني : يبرأ ، وهو قول أبي حنيفة

ومالك وأحمد ، لأنه أدن له في إسباكه فبرئ من الضمان كما لو أودعه ، والدفع الأول ، لأن الرهن

يجتمع مع الضمان وهو إذا رده شيئاً فتعدى فيه بالني الضمان . انظر حلية العلماء (٢٤٦/٥) ، المهذب

(٣٨١/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٧٤/١١) .

(٩) هي (ص) : [وجبت] وفي باقي النسخ : وجب » .

هذا الوجه ، يطل بمن خاط بالحيط جرح عبده ؛ فوجب له على عبده [القصاص ، يحوز له الرد بشرط استيفاء القصاص .] ^(١) فأما إذا لم يكن عليه / فالعين المصوبة بحالها ، وليس في ردها إتلاف مال متبوع . فأما إذا سد عليها الباب : ففي فتح البيت منفعة مالكة ؛ لأن البيوت لا تتخذ لتسد ، وإنما تتخذ لتسكن ، فلم يكن في رد العين المصوبة ضرر .

١٦٥٨٠ - وفي مسألتنا في ردها إتلاف مال متبوع .

١٦٥٨١ - قالوا : [شغل] ^(٢) ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له بنفسه غصباً ، فلم يقطع حق مالكة . أصله إذا غصب ^(٣) أرضاً فغرس فيها ^(٤) .

١٦٥٨٢ - قلنا : اختلف أصحابنا المتأخرون في هذا الأصل ، فكان أبو طاهر يقول : إن كان البناء والفراس أكثر قيمة من الأرض لم يجب عليه رد الأرض ورد قيمتها ^(٥) ؛ فعلى قوله لا يسلم ، وإن سلمنا فالمنعنى فيه أن الأرض ^(٦) لا تصير تابعة لبنائها وغرسها ، بدلالة أن بيع الأرض دون البناء والغرس لا يجوز ، فدل أنه من توابعها وبيع الغرس ^(٧) منفرداً عن الأرض جائز ، فدل على أنه ليس من توابعها ، فلم يكن في رد الأصل إتلاف مال متبوع ، وفي مسألتنا بخلافه ، بدلالة أنه لو باع البناء دون الساجة لم يجز ، فدل أنها تتبع البناء .

١٦٥٨٣ - قالوا : قال الشافعي : لما لم يكن له أخذ مساجة الغير ابتداءً لبيني عليها ، لم يكن له في الثاني بنفسها ، ألا ترى أن الحيط لما كان له أخذ ابتداءً بغير رضا المالك جاز بقيته ؟ ^(٨) .

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من (م) وفي (ع) سفل .

(٣) في (ع) ، (م) : [غرس] .

(٤) انظر إساوي الكبير (١٩٩/٧) وصارته الماوردي : « ولأن شغل المصوب بما لا حرمة له ، وجب أن يلزم أرضه كما لو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها » .

(٥) انظر تبين الحقائق (٢٢٨/٥) وصارته : « إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء لم يقطع حق مالكها » .

(٦) في (ع) ، (م) : [أنه] .

(٧) في (ن) : [الغرس] ، وفي غيرها : « الأرض » ، وهو خطأ .

(٨) انظر هذا المعنى في المنى مع الشرح الكبير (٢٤٤/٥) وقال ابن قدامة : « ولأن ساجته إلى ذلك تبع أصله ابتداءً بخلاف البناء » .

١٦٥٨٤ - قلنا : هذا قياس عكسي ^(١) وهو لا يقول به ^(٢) ، ثم لا فرق بين الأمرين ، لأن الساجدة ليس له أن يأخذها مع عدم الحاجة ، وله أخذها إذا اضطر وخاف على نفسه أو عبده ، والمحيط ليس له أخذه إذا وجد غيره ، وله أخذه إذا اضطر إليه . ثم جاز عنده تقيته المحيط في الوجهين مع اختلاف حكمهما ابتداء ، كذلك الساجدة عندنا .

١٦٥٨٥ - قال الشافعي : لو غصب جارية فأولدها أولاً ، فإنه يحكم عليه بردهم ^(٣) إلى المصوب منه يكونون عبيداً له ، ولا يقتل من الغاصب قيمتهم . فالضرر الذي يلحقه باستخدام أولاده واسترقاقهم أعظم ، ولم يسقط ذلك حق المصوب منه في أعيانهم ^(٤) .

١٦٥٨٦ - قلنا : نحن لم نسقط حق صاحب الساجدة عنها بمجرد الضرر بالغاصب ، والإلزام يجب أن يكون على العلم . ثم هو غلط ، لأن الغاصب وإن ^(٥)

(١) قياس العكس عبارة عن إثبات نقيض الحكم في غيره لاهترافها في علة الحكم . وقد وقع في الكتاب والسنة استعمال هذا النوع ، قال الله تعالى : ﴿ لَوْ كَانَ مِنْكُمْ نَبِيٌّ قَالُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ لَقَسَنَّا ﴾ الآية ٢٢ من سورة الأنبياء وقال ﷺ : « في يضع أحدكم صدقة » قالوا : يا رسول الله أبأنتي أحدنا شهرته ونؤجر ؟ قال ﷺ : « أرأيت لو وضعها في حرام أكان عليه وزر ؟ » قال : نعم قال : « فكل ذلك إذا وضعها في حلال كاد له أجراً » . أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الزكاة باب بيان أن اسم الصدقة تقع على كل نوع من المعروف (٦٩٨/٢) رقم ٥٣ - ١٠٥٥ وأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن أبي ذر رضي الله عنه مرفوعاً (١٥٤/٥) فقد جعل رسول الله ﷺ نقيض حكم الوطء المباح وهو الإنس في غيره وهو الوطء الحرام ، لاهترافها في علة الحكم ، وهو كون هذا مباحاً ، وكون هذا حراماً . انظر البحر المحيط للزركشي (٤٦/٥) .

(٢) قال الزركشي : اختلف أصحابها في الاستدلال به على وجهين أحدهما : أنه لا يصح . وأصحها وهو المنع أنه يصح . وقد استدلل الشافعي به في عدة مواضع ، والدليل عليه أن الاستدلال بالعكس - استدلال بقياس مدلول على صحته بالعكس وإذا صح القياس في الطرد وهو غير مدلول على صحته فلأن يصح الاستدلال بالعكس وهو قياس مدلول على صحته أولى ، ويدل عليه أن الله تعالى دل على التوحيد بالعكس فقال تعالى : ﴿ لَوْ كَانَ مِنْكُمْ نَبِيٌّ قَالُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ لَقَسَنَّا ﴾ الآية ٢٢ من سورة الأنبياء . ودل على أن القرآن من عند الله بالعكس ، فقال تعالى : ﴿ وَلَوْ كَانَتْ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ أَمْرٌ لَوَضَعْنَاهُ وَكَلَّمَكُم مِّنْ مَّوْجٍ ﴾ الآية ٨٢ من سورة النساء . انظر البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (٤٩/٥ - ٤٧) .

(٣) في (ص) ، (ع) : [برده] والصواب ما أثبتنا من (م) ، (ن) .

(٤) انظر كتاب الأم (٢٥٢/٣) وفي معنى المحتج (٢٩٤/٢) أنه إن أحيل الغاصب أو المشتري من حال كونه عاتقاً بالتحريم للوطء فالولد رقيق للسيد غير نسب لأه من زنا ، وإن انفصل حلاً فمضبوط على الغاصب ، أو ميراثاً بحياة فبذله للسيد ، أو بغيره ففي وجوب ضمانه على المخل وجهان : أوجهها نعم ، كما هو ظاهر النص ، لأن ثبوت اليد عليه تبع لتمام ، والثاني : لا ، لأن ضمانه غير متيقنة .

(٥) هكذا في (ع) ، (م) وفي (ص) ، (ن) : [إن] ، وكلاهما صواب .

وطئها من غير شبهة فلا ولد له وإن وطئها بشبهة فلا يكون ذلك بأكثر من الوطء المباح
مأنكاح . وذلك لا يوجب حرمة الولد ، وإن أضر الاسترقاق بالواطئ فالغصب أولى .
١٦٥٨٧ - وفي مسألتنا : لو بنى على الساجدة بإذن مالكها لم يلزمه القلع ، وكذلك
إذا كانت بغير إذنه ، لا يتغير ملكه في الوصفين على وجه لو كان في إزالتها ضرر .

• • •



إذا غصب طعاماً فقدمه إلى مالكه فأكله برئ الغاصب من الضمان

١٦٥٨٨ - قال [أصحابنا] ^(١) : إذا غصب طعاماً فقدمه إلى مالكه فأكل برئ الغاصب من الضمان ^(٢) .

١٦٥٨٩ - وقال الشافعي رحمته الله : إن كان المالك عالماً برئ الغاصب ، وإن كان جاهلاً ففيه قولان ^(٣) .

١٦٥٩٠ - لنا : حديث سمرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ^(٤) والغاصب قد رد .

(١) ما بين المكونين مناطق من (ع) ، (م) .

(٢) (٢) الميسوط (١٩٩/١١) ، البناية على النهاية (٤٤٦/٨) ، الفتاوى الهندية (١٣٤/٥) ، تكملة البحر الرائق (١٣١/٨) . ففي الميسوط : رجل غصب من رجل ثوباً ، ثم إن الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه ، فلا شيء له على الغاصب ، وكذلك المكمل والمززون إذا غصب منه ثم أطمعه إياه بعينه ، أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب برئ من الضمان عندنا . وبه قال المالكية . انظر : الذخيرة للقرافي (٢٩٩/٨) ، شرح مع الجليل (٥٣٤/٣) . قال القرافي : إذا قدم الطعام للمعصوب منه برئ منه . كذلك لو أكرهه على الأكل .

(٣) الأدم (٢٦٠/٣) ، المهذب (٣٧٣/١) ، والحاوي (٢٠٧/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٧٠/١١) . وقال الشيرازي في المهذب : إن غصب من رجل طعاماً فأطمعه رجلاً فللمالك أن يضمن الغاصب ، وله أن يضمن الأكل ، فإن أطمعه المالك ، فإن علم أنه له ، برئ الغاصب من الضمان ، لأنه استهلك ماله برضائه مع العلم به . وإن لم يعلم ، ففيه قولان : أحدهما : يرئ الغاصب ، لأنه عاد إلى يده فبرئ الغاصب من الضمان . كما لو رده عليه . والثاني : لا يرئ ، لأنه إنما ضمن لأنه أزال يده وسلطانه عن المال ، وبالتالي لم يأكله لم تعد يده وسلطانه ، لأنه لو أراد أن يأخذه لم يملكه فلم يزل الضمان . وقريب من مذهب الشافعية قول الحنابلة : جاء في المعنى : وإن أطمع الغاصب المعصوب لمالكه فأكله عالماً أنه طعامه برئ الغاصب . وإن لم يعلم وقال به الغاصب : كله فوته علماني استقر الضمان على الغاصب . وإن كانت له بينة بأنه طعام المعصوب منه وإن لم يزل ذلك ، بل قدمه إليه وقال كله ، أو قال : وهبتك إياه ، أو سكت ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يرئ . لأنه قال في رواية الأثرم في رجل له قَيْلٌ رجلٍ نَبْءٌ فأوصلها إليه عبي سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال : كيف هذا ؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي . وهذا يدل على أنه لا يرئ ، وهنا يأكل المالك طعامه بطريق الأولى . انظر للمعنى مع الشرح الكبير (٤٢٧/٥) ، الشرح الكبير مع المعنى (٤٢٤/٥) ، المبدع (١٧٩/٥) ، الإصناف (١٨٦/٦) .

(٤) سبق تخريجه .

إذا غصب طعاماً فقدمه إلى مالكه فأكله برئ الغاصب من الضمان ٣٣٩١/٧

١٦٥٩١ - ولأنه أتلف مال نفسه فلم يرجع بضمانه على غيره . أصله : إذا أكله مع العلم ، ولأن كل ما لو فعله بحال العلم برئ به الغاصب فإذا فعله مع الجهل برئ . أصله : إذا أكله من غير إذن الغاصب .

١٦٥٩٢ - ولأن أمر الغاصب في ملك الغير لا حكم له ، فسقط ، وصار كأن المالك أكله ابتداء .

١٦٥٩٣ - ولأن ثبوت يد المالك على ملكه يسقط الضمان ^(١) وكل سبب يسقط الضمان يستوي فيه العلم والجهل كالبراءة من الحقوق . ولهذا نقول : إنه لو طلق امرأته وهو يظن أنها أجنبية ، أو أعتق عبده وهو يظن أنه لغيره وقع الطلاق والعاق .

١٦٥٩٤ - فإن قيل : الغاصب أزال يدًا كاملة الأحكام ، فإذا أباحه له الغير فلم تعد يد المالك بكمالها ، بدلالة أنه ليس له في الظاهر أن يبيع ويهب ويمسك ويدخر ، فإذا لم تعد اليد التي زالت بالغصب لم يسقط الضمان .

١٦٥٩٥ - قلنا : سقوط الضمان لا يتعلق عندنا [بتمكين] ^(٢) الغاصب ، وإنما يتعلق بثبوت يد المالك ، فصار كما لو أكله من غير تمكين . ولأن يده لما ثبتت ، فقد صار بحيث يجوز تصرفه بكل حال ، إلا أنه لا يعلم ، والأسباب المسقطه للضمان يستوي فيها العلم والجهل .

١٦٥٩٦ - احتجوا : بأنه أكل ما غصبه مع الجهل بحاله ، فأشبه إذا كان الغاصب غصب شاة فذبحها وشوها ، فأطعمها المالك ^(٣) .

١٦٥٩٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأن الغاصب ملك الشواء فلم يأكله المغصوب منه ، وإنما أكل مال الغاصب . والمعنى فيه : أن حق المالك غير متعين من الشواء ، لأن عندنا لاحق له فيه . وعندهم هو مخير : إن شاء أخذ العين ، وإن شاء أخذ القيمة ^(٤) .

١٦٥٩٨ - وإذا أكلها وهو لا يعلم فلم يأكل ما تعين حقه فيه ، فلم يسقط الضمان .

١٦٥٩٩ - وفي مسائلنا : أكل ما تعين حقه فيه فسقط الضمان بأكله ، كما لو أكل ابتداء . وقد ادعوا أن من غصب حطاً فأمر المغصوب منه بأن يحرقه فحرقه لم يبرأ

(١) في (ص) ، (ع) : [بالضمان] والصواب ما أثبتناه كما في (م) ، (ن) .

(٢) ما بين المسكوفين سابق من (ن) . (٣) انظر التكت للشرطي ورقة ١٧٦ (ع) .

(٤) انظر الهداية (١٥/٤) ، تبين الخلاف (٢٣٠/٥) ، بدائع الصانع (١٤٨/٧) ، الذريعة (٣٠٠/٨) ،

لمعي مع الشرح الكبير (٤٢٧/٥) .

العاصب من الضمان^(١) . وهذا غلط ؛ لأن عندنا ثبوت يده على المقتسوب وتصرفه لا بأمر^(٢) العاصب ، فلا فرق بين أن يأكل الطعام أو يوقد الحطب .

• • •

(١) انظر روضة الطالبين (١١/٥) قال النووي : لو أمر العاصب وجلاً بإتلاف المقتسوب بالقتل والإحراق ويحرم ما فعله جاهلاً بالغصب ، فالمذهب : القطع بالاستقرار على الخلف لأنه حرام بخلاف الأكل ولا أثر للتعذر مع التحريم . وقيل : على القولين . اهـ .

(٢) في (د) : [لا بأس] .



فتح القفص وطيران ما فيه

- ١٦٦٠ - قال أصحابنا : إذا فتح القفص فطار ما فيه لم يضمن إلا أن يكون هيجه ^(١) .
 ١٦٦١ - قال الشافعي رحمه الله في اللقطة : وإن قعد الطائر ثم ذهب فلا ضمان ^(٢) .
 ١٦٦٢ - قالوا : ومفهومه : أنه إذا طار من فوره ضمن ^(٣) .
 ١٦٦٣ - وقال في القدم : ولو حل دابة ، أو فتح قفصاً عن طائر ففي هذا لا ضمان عليه ^(٤) . وعمومه يقتضي سقوط الضمان بكل حال ^(٥) .

- (١) انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) ، البناء على الهداية (٤٤٦/٨ - ٤٤٧) ، معين الحكماء (٢٧٨/١) ، قال الكاساني : ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قولهما . وقال محمد : يضمن . وأضاف صاحب البناء فقال : سواء طار من فوره ، أو مكث ساعة ثم طار . وعلي هذا الخلاف إذا حل رباط الدابة ، أو فتح باب الإصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وإن كان مثاقلاً فلا ضمان . نلاحظ أن قوله (قال أصحابنا) محل نظر إذ في المسألة خلاف بين الشيعين من الخفية والإمام محمد والتعبير (بقال أصحابنا) يشير إلى عدم وجود الخلاف بينهم ، والواقع أن بينهم خلافاً كما سبق بيانه .
 (٢) الحالة الثانية من الضرب الثاني هي : أن لا يكون منه تهيج ولا تغير للدابة والطائر ، فيه حالتان أحدهما : أن يلبث بعد حل الرباط وضع القفص زماناً وإن قل فلا ضمان عليه ، لانفصال السبب عن المباشرة . والحالة الثانية : أن تشرد الدابة ويطير الطائر في الحال من غير لبث ، ففي الضمان لأصحاب الشافعية وجهان أحدهما : هو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة : عليه الضمان لانفصال السبب . والوجه الثاني : هو نص الشافعي في كتاب اللقطة : لا ضمان عليه لعدم الإجماع . انظر المحاوي الكبير (٢٠٨/٧) .
 يلاحظ دقة الإمام القدوري في النقل عن المذهب الشافعي في هذه الجزئية .
 (٣) انظر مغني المحتاج (٢٧٨/٢) ، المحاوي الكبير (٢٠٨/٧) . قال المازري : لو فتح قفصاً عن طائر وهيجه فطار في الحال ، ضمنه بالإجماع . وقال الشيرازي : إذا فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال ضمن في أحد القولين . ولا تميز مصادر الشافعية بين ما هو قديم أو جديد منهما .
 (٤) قال النووي في روضة الطالبين (٥/٥) لو فتح قفصاً عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه ، وإن لم يزد على الفتح : فلاة أقوال : أظهرها إن طار في الحال ضمن وإلا فلا ، والثاني يضمن مطلقاً ، والثالث : لا يضمن مطلقاً .
 (٥) هذا النقل عن المذهب الشافعي محل نظر ، فقد جاء في المهذب (١٧٢/١) : وإن فتح قفصاً عن طائر نظرت فإن نمره حتى طار ضمنه ؛ لأن تغير الطائر سبب ملجئ إلى ذهابه ، فصار كما لو بشر إكلانه . وإن لم نمره نظرت : وإن وقف ثم طار لم يضمنه ؛ لأنه وجد منه سبب غير ملجئ ووجد من الطائر مباشرة ، والسبب إذا لم يكن ملجئاً واجتمع مع المباشرة سقط حكمه ، كما لو حفر بئراً فوقع فيها إسهان باختياره ، فإن طار عقب الفتح ففيه قولان ، أحدهما : لا يضمن ، لأنه طار باختياره فأشبهه إذا وقف بعد الفتح ثم طار . =

١٦٦٠٤ - قالوا : وهو الصحيح ^(١) .

١٦٦٠٥ - لنا : أنه طار باختياريه من غير تنفير فلم يجب على الغاصب ضمان كما [لو] ^(٢) مكث ثم طار ^(٣) .

١٦٦٠٦ - ولأنه سبب غير ملجئ ؛ لأن القفص قد يفتح فلا يطير ، وإذا انضم إليه فعل الحيوان لم يضمن به المال ^(٤) ، كمن فتح باب البيت حتى أبقى العبد ^(٥) .

١٦٦٠٧ - ولا يلزم الدال على الصيد ولا الممسك ؛ لأنهما لا يضمنان المال وإنما تلزمهما كفارة .

١٦٦٠٨ - ولأنه سبب لا يتعلق به الضمان إذا تأخر التلف عنه فلا يتعلق به إذا وجد عقبيه . أصله : من حفر بئراً في داره . وعكسه إذا حفر بئراً في الطريق ، والسرابة مع الجراحة ، ولا يلزم إذا فتح رأس الرق ^(٦) فسال ما فيه أنه يضمن . وإن تأخر السيلان لم يضمنه ^(٧) . لأنه إذا فتحه ^(٨) وهو مائع فقد باشر الإتيان [لأنه لا يحدث أن يماسك .

= والثاني : يضمن لأن من طبع الطائر النور من قرب منه ، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بفرومه ، فصار كما لو نقره ، فإذا لا يسقط الضمان بكل حال .

(١) انظر ذلك في أحادي الكبير (٢٠٨/٧ - ٢٠٩) ، للمذهب (٣٧٥ - ٣٧٤/١) ، معني المحتاج (٢٧٨/٢) ، روضة الطالبين (٥/٥) ، حلية العلماء (٢٤٩/٥ - ٢٥٠) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٥/١٤ - ٢٨٦) ، نهاية المحتاج (١٥٤/٥) ، الوجيز (٢٠٦/١) ، أسنى المطالب (٣٣٨/٢) . وذهب المالكية إلى ضمانه سواء حازه على الطيران أو لم يهجه ؛ ففي بداية المجتهد إن فتح قفصاً فيه طائر فطار بعد النزع ، فقال مالك يضمنه ، حازه على الطيران ، أو لم يهجه . انظر بداية المجتهد (٣١٦/٢) ، الذخيرة (٦٠/٨) . وذهب الحنابلة إلى أنه إذا فتح قفصاً على طائر فطار ، أو حل دابة فذهبت ضيقها . قال ابن مفلح : وإن فتح قفصاً عن طائر فطار ، أو حل فيه فذهب فهرب ، أو رباط فرسه مشردت ضيقه ، لأنه تلف بسبب فعله ، فزعم الضمان كما لو نقره . انظر لمضي مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) ، للمدح لابن مفلح (١٩٠/٥) . (٢) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) . (٤) في (ع) : [به للمالك] وفي (م) بد المالك .

(٥) جاء في الذخيرة قوله : لا نسلم أن الطائر مختار للطيران ونعله حيثن كان يختار لا انتظار الملق أو خوف الكواثر وإنما حوقاً من الفاعل فيصير ملجئاً للطيران ، والنسب معلوم فيضاف الضمان إليه ، كما يجب على حمار البئر إن وقع فيها حيوان مع إمكان اختياره . ثم لا نسلم أن الفتح مسبب مجرد ، بل هو مسبب المباشرة ، لما في طبع الطائر من النور من الأدمي . انظر الذخيرة (٢٦١/٨) .

(٦) الرق بالكسر : الطرף والوعاء ، وجمع القلة أرقاق ، والكثرة رقاق ، مثل ذئب ودؤبان ، وهي : كل وعاء اتخذ لشراب ونحوه . انظر لسان العرب (١٨٤٥/٣) مادة رقق ، المسباح المير (٢٠١/١) .

(٧) اطر للمذهب للشيرازي (٣٧٥/١) .

(٨) في (ع) ، (م) : [فتح يحذف ضمير المالك المتصل المذكور] .

وإن كان جامداً فأذابه بالحر فقد حصل الإلتلاف ^(١) بفعل غيره . وهذا المعنى إن وجد عقيب الفتح تعلق به الضمان ، كمن فتح رأس الزرق فأزرقه آخر .

١٦٦٠٩ - احتجوا : بأنه يوصل إلى الذهب بفعله ، فأشبه إذا نفره ^(٢) .

١٦٦١٠ - قلنا : يطل بالعبد إذا حبسه مولاه ، ففتح رجل الباب ، أو حل العبد . ويطل إذا مكث ثم طار . والمعنى فيه إذا نفره فقد ألجأه ، فانتقل فعله إليه . وإذا لم ينفره فلم يلجئه ، فحصل الخروج بانفتاحه وخرج عن الباب .

١٦٦١١ - قالوا : خرج بسبب كان منه ، وقد يضمن بالأسباب ، كما يضمن بالمباشرة . أصله : حفر البئر ، وإذا فتح رأس الزرق ^(٣) .

١٦٦١٢ - قلنا : حفر البئر إذا انضم إليه فعل حيوان [مختار] ^(٤) لم يتعلق به الضمان ، كما لو ألقى رجل نفسه بالبئر ، أو ألقاه آخر . كذلك في مسألتنا ، انضم إلى السبب فعل مختار ، فلم يضمن به في حق الآدمي .

١٦٦١٣ - فأما إذا وقع فيها بغير اختياره [كما لو اجتاز بالليل] ^(٥) ، أو لأن رأسها مغطى فهو ملجأ والطائر ليس ملجأ ، وإنما فتح رأس الزرق فليس بسبب ، وإنما هو إلتلاف ؛ لأن المانع لا اختيار له ، والإزاحة حصلت بفعل من فتح الزرق .

١٦٦١٤ - ولهذا لا يجوز أن يتأخر التلف ولا هكذا ^(٦) الحيوان ؛ لأن له اختياراً وقصدًا ، بدلالة أن الطائر يهرب ممن يصيده ويطلب الماء والعلف ، فقد حصل خروجه باختياره ، كما يفتح رأس الزرق فيريقه آخر .

١٦٦١٥ - فأما إذا كان السمن جامداً ، ففتح رأس الزرق فليس بإلتلاف ، وإنما هو سبب التلف . ويمكن أن يكون بتجدد فعل بعد ذلك ، فيتعلق الحكم [بعد ذلك] ^(٧) بالفعل ويسقط حكم السبب ^(٨) .

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) المذهب (٣٧٥/١) وهذا استدلال على القول الثاني للشافعية . قال الشيرازي : لأن من طبع الطائر الصور من قرب منه ، فإذا طار عقيب الفتح كان طيراه بنفوره منه فصار كما لو نفره .

(٣) المذهب (٣٧٤/١) عبارته : لأن تغير الطائر سبب ملجئ إلى ذهابه فصار كما لو باشر إلتافه .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ع) ، (م) : [كما لا بد من اجتازه بالليل] (٦) في (ع) ، (م) : [كذلك] .

(٧) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٨) استدلال الإمام محمد ومن معه من المالكية والشافعية في قول والحال بأنه بأن فتح باب القفص وقع إلتافاً للظهر =



هل في كسر البربط أو الطبل ضمان أو لا ؟

١٦٦١٦ - قال أبو حنيفة : إذا كسر [على غيره ^(١)] بربطاً ^(٢) أو طبلًا ضمن قيمته ^(٣) لصاحبه خشبياً ، أو منحوتاً يصلح لغير التلهي .

١٦٦١٧ - وقال : في المنتقى ^(٤) عن أبي حنيفة : يضمن قيمة الخشب مخلقاً ، إلى الذي يحرم منه التأليف على أنه عود أو طنبور ، وليست الألواح محرمة ، لأنها تستعمل في غير ذلك ^(٥) .

١٦٦١٨ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا ضمان على المستهلك ^(٦) .

١٦٦١٩ - وحكى أصحابنا : عن الشافعي مثل قولهما ^(٧) .

١٦٦٢٠ - وقد قال الشافعي : وإن كسر لنصراني صليبياً ، فإن كان يصلح لشيء

= نسيباً ، لأن الطران للطير طلع له ، فالظاهر أنه يطير إذا وجد اغخلص ، فكان الفتح إطلاقاً نه نسيباً ، فوجب الصمان ، كما إذا شق رقب إنسان فيه دهن مائع وهكذا . انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) والمغني (٤٥٠/٥) .

(١) ما بين للمكركبين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) البربط على وزن جعفر من ملاهي المعجم ، ولهذا قيل . معرب ، والعرب تسميه المزهر أو العود ، وهي آلة وزنية لها قاعدة مستطيلة كالقارب الخشبي وعصفاً متوسط ، وكلمة بربط مركبة من كلمتي (بر) أي الصدر (ويط) الطائر المعروف ؛ لأنه يشبه صدر البط . انظر للمصباح المنير (٥٣/١) ، لسان العرب (٢٤١/١ - ٢٤٢) مادة بربط ، ومعجم عميد باللغة الفارسية لحسن عميد (٣٣٣/١) ط مؤسسة انتشارات امير كبير إيران .

(٣) في (ع) ، (م) : [فيه] . (٤) (٤) في (ن) : [الشفاء] .

(٥) انظر الهداية (٢٣/٤) والبنية على الهداية (٤٤٠/٨) وبدائع الصنائع (١٦٧/٧ - ١٦٨) وبدائع الأكرار (٢٩٣/٨) وتبيين الحقائق (٢٣٧/٥ - ٢٣٨) وحاشية الشلبي عليه ، والاختيار (٤٢٤/٢) وفي حاشية الشلبي دل القدوري في شرحه فختصر الكرشي : قال أبو حنيفة : إذا كسر رجل على رجل بربطاً أو طبلًا ضمن قيمته خشبياً منحوتاً ، وقال في المنتقى عن أبي حنيفة : يضمن قيمته خشبياً مخلقاً إما الذي يحرم منه التأليف

(٦) انظر المراجع السابقة فني الهداية (٢٣/٤) من كسر لمسلم بربطاً أو طبلًا أو مزماراً أو دماً أو أراقاً له سكرًا أو متصفاً ، فهو ضامن ، ويصح هذه الأشياء حائز . وهذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يضمن ولا يجوز بيعها . وقال المرغباني : العنري في الضمان على قولهما . قيل الاختلاف في الذب والطبل الذي يضرب للهر ، فأما طبل الفراء ، أو طبل الصيد ، أو دف يلمس به العصابة في البيت فيضمن بالإنفاق من غير خلاف (٧) انظر روضة الطالبين (١٧/٥) ، للمهذب (٣٧٤/١) ، مني المحتاج (٢٨٥/٢) وعبارة النووي : آلات الملاهي كالربط والطنبور وغيرهما ، وكلتا العنم والصليب لا يجب في إبطالها شيء لأنها محرمة .

هل ي كسر الربط أو الطيل ضمان أو لا ؟ ٣٣٩٧/٧

من المنافع مفصلاً فعليه قيمته مفصلاً ، ^(١) . وهذا مثل قول أبي حنيفة رحمته الله .

١٦٦٢١ - لنا : أن كل [عين] ^(٢) لو أتلّفها قبل حصول الصنعة فيها ضمنها ، فإذا أتلّفها على غيره بعد الصنعة ضمنها ، أصله الثياب التي فيها تصاوير .

١٦٦٢٢ - ولا يلزم إذا غصب خشبة فعملها باباً أنه لو أتلّفها قبل الصنعة [ضمنها] ^(٣) وبعد الصنعة لا يضمنها .

١٦٦٢٣ - لأننا قلنا : أتلّفها على غيره / وهنأ ملكها فأتلفها على نفسه ، ولأنها عين

يمكن أن يتتبع بها على وجه مباح فجاز أن يضمن بالإنلاف . أصله الثوب المصور ^(٤) .

١٦٦٢٤ - ولا يلزم الحمر لأنه يضمن إذا أتلّفها على ذي .

١٦٦٢٥ - ولأنه لا يمكن الانتفاع بعينها على وجه مباح . وهما يقولان ^(٥) : إنها عين لا تستعمل في الغالب إلا في معصية كالخمر ^(٦) .

= الاستعمال ، ولا حرمة لتلك الصنعة .

(١) في الحارثي الكبير (٢٢٠/٧) قال الشافعي رحمته الله : فإن كسر لصراحي صلياً : إن كان يصلح لشيء ، من النافع مفصلاً فعليه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً ، وإلا فلا شيء عليه .

(٢) انظر الهداية (٣٣/٤) ، تبين الحقائق (٢٣٨/٥) ، حاشية الشافعي عليه . قال الرغزباني : إذا أتلّف على صراحي صلياً يضمن قيمته ؛ لأنه مقر على ذلك . وذهب المالكية إلى عدم ضمان آلات الملاهي بكسرها وتغييرها حالها . وكذلك قال الحنابلة بعدم الضمان في مثل هذه الأمور المهي بها مطلقاً ، قال ابن

قدامة : إن كسر صلياً أو رملاً أو طنبوراً أو صنفاً لم يضمنه . وقال ابن مفلح : ومن أتلّف رملاً أو طنبوراً أو صلياً لم يضمنه في قول الجمهور ، ولو مع صبي ، نص عليه . انظر الذخيرة للقرافي (٢٨٠/٨) ، المغني

مع الشرح الكبير (٤٤٥/٥) ، للمبدع (٢٠٠/٥ - ٢٠١) ، الإنصاف (٢٤٧/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٤١٢/٢) .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (ن) .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) . والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٥) ولو أحرق باباً متحوتاً عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير منقوش . وإن كان منقوش الرأس يضمن قيمته منقوشاً ، لأنه غير حرام . انظر الاختيار (٣٢٤/٢) وبداية الصالح (١٦٨/٧) .

(٦) في (ن) : [يحدلان] . والضمير هنا يرجع إلى الصاحبين من الحنفية كما سبق بيانه .

(٧) لم يورد الإمام أبو الحسين القدوري أدلة المخالفين في هذه المسألة ، وإنما للفائدة ذكر بعض أدلتهم . لقد استدلل الصاحبان من الحنفية ومن معهما بأن الجمهور بأنه لا يحل بيعه ، فلم يضمنه كالتيبة ، والدليل على أنه لا يحل بيعه . قول النبي ﷺ : « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والأصنام » . رواه أبو داود (٢٧٩/٣) رقم ٣٤٨٦ عن جابر بن عبد الله ، وقوله ﷺ : « بعثت بكسر المزامر وأقسم ربي ﷻ لا يشرب عبيد في الدنيا حمر ولا سفاه الله يوم القيامة حميماً معدباً هو أو مغفوراً » ، ثم قال رسول الله ﷺ : « كسب العبي والمغني حرام ، وكسب الزانية سحت ، وحق على الله أن لا يدخل الجنة بدناً نبت من سحت » . انظر كثر العمال =



إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره

١٦٦٢٦ - قال أصحابنا : إذا أتلف المسلم على الذمي خمرًا أو خنزيرًا ضمن^(١).

١٦٦٢٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا ضمان عليه^(٢).

- (٢٢٦/١٥) رقم ٤٠٦٨٩ ، ولأن هذه آلة البهر وفساد فلم يكن متقومًا كالخمر . قال الفقه أبو الليث في شرح الجامع الصغير : روي عن أبي يوسف أنه حكى عن شريح أن رجلين اختصما إليه في طيور فلم يلتصق إليهما ، حتى قاما من عنده . قال أبو يوسف : لو كنت أنا لقتضيت بينهما ، فإن كانت خصوصتهما في ذلك الشيء وهو في يد أحدهما أو في أيديهما ، كسره وعزرتهما . ولو كانت خصوصتهما بأن أحدهما كسره والآخر يطلب الضمان جزيت الذي كسره أجزأ وعزرت الآخر . وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه : أنه رأى في يد بعض الناس الملعوف فكسره في رأسه . ولأن هذه الآلات أعدت للمعاصي فلا يضمن كالخمر ، وما يؤدي إلى الحرام حرام ، ومتلقها يتأول فيها الهوى عن المنكر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فليسلمه ، فإن لم يستطع فليقلبه ، وذلك أضعف الإيمان . أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٧٠/٤) رقم ٢١٧٢٤ وقال : حديث حسن صحيح ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٧/٣) رقمًا هو مأثور به شرعًا فلا يضمن كإذن لقاضي ، بل أولى . انظر بدائع الصنائع (١٦٨/٧) ، الهداية (٢٣/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٥) وحاشيته ، مغني المحتاج (٢٨٥/٢) ، روضة الطالبين (١٧/٥) ، المعنى مع الشرح الكبير (٤٤٦/٥) ، إحياء علوم الدين (٢٦٦/٢) ط دار إحياء الكتب العربية . وما تقدم ينضح أن الخلاف في هذه المسألة بين الإمام أبي حنيفة والجمهور ، وكل منهما استدل بقياس ، فأبو حنيفة استدل بقياسها على الثياب التي فيها تصاوير ، وأما جمهور العلماء فيستدلون بقياسها على الخمر . (١) بدائع الصنائع على الثياب التي فيها تصاوير ، تبيين الحقائق (٢٣٤/٥) وحاشيته ، الميسوط (١٠٢/١١) ، الهداية (٢١/٤) ، البداية على الهداية (٤٢٦/٨) ، الاختيار (٣٢٤/٢) . وفي الهداية : إذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتها . وبه قال المالكية كما جاء في اللخيرية (٢٧٧/٨ - ٢٧٨) وعبارته : إذا غصب خمر الذمي فأتلفها فليقبله قيمتها بقرعها من يعرف القيمة من المسلمين .

(٢) إسنوي الكبير (٢٢١/٢) ، لهذهب (٣٧٤/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٢/١٤) ، مغني المحتاج (٢٨٥/٢) ، نهاية المحتاج (١٦٧/٥) ، الإشراف (٣٥٠/٣) ، حلية العلماء (٢٢٨/٥) ، روضة الطالبين (١٧/٥) قال النووي : الخمر والخنزير لا يضمنان لا للمسلم ولا للذمي ، سواء أراق حيث تجوز الإراقة ، أو حيث لا تجوز . ثم تخبر أهل الذمة لا تراق ، إلا إذا تظاهروا بشربها أو بيعها ، ولو غصبت منهم والعين باقية ، وبسب ردعها ، وإن غصبت من مسلم ، وجب ردعها إن كانت محرمة ، وإن لم تكن محرمة لم يجب الرد ، بل تراق . وبه قال المالكية ، فقد جاء في المعنى مع الشرح الكبير : وس أتلف لذي خمرًا أو خنزيرًا فلا غرم عليه ، وبني على التعرض لهم فيما لا يظهرونه . وجملة ذلك : أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلمًا أو ذميًا ، مسلم أو ذمي ، نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهرق مسكرًا لمسلم أو لذي خمر فلا ضمان^٣.

إتلاف المسلم حمر الذمي أو حزيره ٣٣٩٩/٧

١٦٦٢٨ - ل: ما روى [أن] عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله يأمرهم بقتل الخنازير وأن تقاصوا بأثمانها من الجزية ^(١) .

١٦٦٢٩ - وذكره أبو عبيد في كتاب الأموال ^(٢) ولا يعرف له مخالف .

١٦٦٣٠ - ولأنه شراب لهم فجاز أن يضمن بالإتلاف ، أصله سائر أموالهم ^(٣) .

عليه . انظر للمني مع الشرح الكبير (٤٩٢/٥ - ٤٤٤) والمبدع (٢٠١/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٣٢/٢) - (٤٣٣) وشرح الركني على مختصر الخري للشيخ شمس الدين الخليلي (١٨٣/٤) . وبلاحظ أن هذه المسألة على أربعة أوجه : الأول : إتلاف المسلم حمر الذمي أو حزيره ، فإنه يضمن عند الحنفية . هكذا ذكر القدوري في مختصره ، وفي شرح مختصر الكرخي . وذكر صدر الإسلام الزدوي في شرح الكافي : ولو أتلف مسلم على ذمي حمرًا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئاً ، وفي قول يوسف ومحمد يضمن قيمته . وهو قياس قول أبي حنيفة فيما إذا تزوج الذمي ذمية على حمر أو حزيره لم أسلم أحدهما قبل القبض عليها الحمر والحزير إذا كانا عيين ، وإن كانا دمين : ففي الحمر تجب القيمة ، وفي الحزير مهر المثل . والثاني : إتلاف المسلم حمر المسلم لا يضمن بلا خلاف . والثالث : إتلاف الذمي حمر المسلم ، فإنه لا يضمن بلا خلاف . والرابع : إتلاف الذمي حمر الذمي أو حزيره ، أو إتلاف المسلم حمر الذمي أو حزيره فإنه يضمن عند الحنفية والمالكية ولا يضمن عند الشافعية والحنابلة . ومنشأ الخلاف في ذلك : النظر إلى اعتقادهم ومقتضى عقد الذمة وإلى شريعتنا . الحالات الثلاثة الأخيرة لم يتعرض لها الإمام القدوري في تجريدته . انظر البناء على الهامية (٤٢٢/٨ - ٤٢٣) ، تبين الحقائق (٢٣٣/٥ - ٢٣٤) ، الذخيرة (٢٧٧/٨ - ٢٧٨) ، نهاية المحتاج (١٦٨/٥) ، للمني مع الشرح الكبير (٤٤٣ - ٤٩٢/٥) .

(١) ما بين المكونتين ساقط من (ن) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٣/٦) كتاب أهل الكتاب باب أخذ الجزية في الحمر رقم ٩٨٨٧ وفي كتاب البيع باب بيع الحمر رقم ١٤٨٥٣ وأخرجه البيهقي بمعناه في سننه الكبرى باب ما يأخذ منه في الجزية حمرًا لا حزيرًا (٢٠٩ - ٢٠٦) وأبو عبيد في كتاب الأموال ص ٢٩ .

(٣) في جميع النسخ كتاب الأصول ، والصواب ما أتبعناه ، وهو كتاب الأموال للإمام الفقيه والمحدث والفقير أبي عبد القاسم بن سلام الأزدي الهروي أوسع كتاب ألف في بابه وأتمه وأجمله لكل ما يتعلق بالأموال في الفسوة الإسلامية ، وطالما حرص أهل العلم شديد الحرص على افتتاحه والانفتاح به ، وقد طبع هذا الكتاب سنة ١٩٨١م لأول مرة : انظر مقدمه كتاب الأموال للأستاذ محمد حامد الفقي ص ٣ .

(٤) انظر كتاب الأموال لأبي عبيد ص ٢٩ وعبارته : حدثني علي بن معبد عن عبد الله بن عمر وعن الليث بن أبي سليم . أن عمر كتب إلى الصالح يأمرهم بقتل الخنازير اقتصاص أثمانها لأهل الجزية من جزيته . وقال أبو عبيد . فهو لم يجسمها قصاصًا من الجزية إلا وهو يرادها مالاً من أموالهم . قال القرافي : هذا الأثر يدل على أنها مال لهم من ثلاثة أوجه : أحدها : أن أمر الإمام المادل بالبيع يدل على أن المبيع متمول . ثانيها : إيجاب الشرع لميئتها ولا يجب إلا في متمول . ثالثها : تسمية ما يتبادل ثمنها ، وهو لا يكون إلا في بيع صحيح صد الإطلاق . ولا يصح البيع إلا في متمول . الذخيرة (٢٧٨/٨) . انظر هذا الدليل في المبسوط (١٠٢/١١) وذكر وجه الدلالة فقال : فهذا تنصيص منه على أنه مال متقوم في حقهم يضمن بالإتلاف عليهم ، والمني فيه : =

١٦٦٣ - ولا يلزم العبد المرتد ؛ لأننا ننزعه من أيديهم فنقتله ، والأمة نأخذهم

١٦٦٣٢ - فإن قيل : المعنى في سائر أموالهم أنها تضمن في حق المسلم ، فصمت في حق الذمي ، والخمر لا تضمن للمسلم فلم تضمن للذمي .

١٦٦٣ - قلنا: المسلم أقر على تمول سائر الأموال كما أقر أهل الذمة، فساووا. وليس
يحتاج أن يختلف الضمان باختلاف المالك^(١)، والمثلث على صنف واحد، كما أن الملك
يضمن للحري وبضمن للذمي، والمال على صفة واحدة واختلف لاختلاف المثلث عليه.

١٦٦٣ - ولأن كل إباحة مطعوم يقر عليه فإنه يجوز أن يضمن له بالإتيان أصله الشاة التي تركت التسمية ^(٢) عليها عمداً ^(١).

١٦٦٣٥ - فإن قيل : ملك بضمن لمن لا يعتقد ^(٥) إباحتها .

وهذه المسألة مبنية على أنهم يقرّون على بيعها وتحويلها. والدليل عليه [ما روي]^(١) أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عمالة ولهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها^(٢).

١٦٦٣٧ - فأذن لهم في بيعها وسمى العقد عليها بيعة وبذلها ثمنها، واشترى لا يجب إلا في عقد صحيح، وواجب فيها العشر، وهذا لا يوجد إلا من الأموال.

= أن الحمر كان مالاً متفقاً في شريعة من كان قبلنا ، وكذلك في شريعتنا في الابتداء . ثم أن الشرع أخذ نفوساً بخطاب خاص في حق المسلمين . (١) انظر الكت للشرهزي و رقة ١٧٦ (٤) .

(٢) في (ص) : [المال] والصواب ما أئتمناه من باقي النسخ الثلاثة .

(٣) في (٥) : [القيمة] . (٤) انظر تكملة البحر الرائق (١٤٠/٨) .

(٥) لمي (ع) ، (م) : [لا يضمن] . (٦) في (ع) ، (م) : [لمن يضمن] .

(٧) ما بين المكوفتين ساقط من (ص) (و) ع (و) م (و) القواب ما أختاره من (ن) .

(٨) روى أبو عبيد عن سويد بن غفلة قال : بلغ عمر بن الخطاب أن ناسا يأتسون الجزية من الحجاز ، وقال بلال قتال : إنهم يلفطون ، فقال عمر لا تغفلوا ولعظمي معها . قال أبو عبيد يريد أن المسلمين كانوا يأتسون من أهل الذمة الحمر والخمر من حزة ويوسمهم ، وخراج أراضيم يبيعونها ، ثم يتولى المسلمون بيعها .^{٢٨} الذي أشكره بلال ونهى عنه عمر ، ثم رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أمتانها ، إذا كان أهل الذمة يتخذون ليعا . ولا تحسر والخبر حال من أموال أهل الذمة ، ولا تكون مالا للمسلمين . انظر كتاب الأموال : ٢٨ .
٢٩ . وانظر هذا السبيل في تبين الحقائق (٢٣٥/٥) . وجه الدلالة : أنها منقومة وبها جائر لهم ، ولا أمرهم بذلك .

بتولى المسلم حذر الذمي أو خبیره

٣٤٠١/٧

١٦٦٣٨ - وقضايها عمر لا تخفى على الصحابة عليهم السلام فلم ينكروا فهو إجماع ولأن من أصلنا تقليد الصحابي إذا لم يعرف له مخالف^(١).

١٦٦٣٩ - فإن قيل : ذكر ابن المنذر^(٢) عن سويد بن غفلة^(٣) أن عمر عليه السلام ذكر : أن له عملاً يأخذون الخمر والخنازير في الجزية ، قال : فنشد لهم عمر ، فقال بلال^(٤) : إنهم يعلوه . فقال : لا يكونوا أمثال اليهود حرمت عليهم الشحوم فابتاعوها وأكلوا أجسادها ولوثهم ببعضها^(٥) . ولم يزد على ذلك ومعنى قوله ولو هم : أي لا تعرضوا عليهم .

١٦٦٤٠ - قلنا : عمر أنكر تصرف المسلمين فيها وكذلك نقول ، ولذلك بين ذلك

بالشحوم .

(١) انظر تيسير التحرير على كتاب التحريم (١٣٢/٣) - ١٣٣ .

(٢) هو الإمام المجتهد أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر البسابوري ، ولد سنة ٢٤١هـ . وروى عن الربيع بن سلبان ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ومحمد بن ميمون وخلق ، وروى عنه ابن القريئ ومحمد بن يحيى الديلمي وغيرهما ، كان مجتهداً لا يقلد أحداً . من مصنفاته : البسوط في الفقه والإشراف في اختلاف العلماء وكتاب الإجماع والإقناع والتفسير وكتاب السنن وغيرها توفي سنة ٣١٠هـ . وقيل غير ذلك . انظر سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٤) ، معجم المؤلفين (٢٢٠/٨) ، مرآة الجنان (٢٦١/٢) ، طبقات الشامية الكبرى (١٠٢/٣) ، شذرات الذهب (٢٨٠/٢) ، لسان الميراث (٢٧/٥) ، تذكرة الحفاظ (٧٨٢/٣) .

(٣) هو سويد بن غفلة بن عوسجة الجبفي الكوفي ، أورد المجهول ، قدم المدينة بعد دفن رسول الله ﷺ ، وشهد فتح اليرموك وروى عن أبي بكر الصديق عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وبلال وأبي بن كعب وأبي الدرداء وغيرهم من الصحابة ، وروى عنه أبو إسحاق وعيشة بن عبد الرحمن وإبراهيم النخعي والشامي وغيرهم . قال ابن معين والمجلي : ثقة . كان مولده عام الفيل . قال أبو نعيم مات سنة ٨٠هـ . وقيل غير ذلك . كان فقيهاً « إماماً » عابداً ، جليل القدر . انظر تهذيب التهذيب (٢٤٤/٤) ، البر (٦٨/١) ، مرآة الجنان (١٦٥/١) ، شذرات الذهب (٩٠/١) .

(٤) هو الصحابي الجليل بلال بن رباح يكنى أبا عبد الكريم وقيل : أبا عبد الله ، وهو مولد أبي بكر الصديق لشتره وأخوه لله ﷺ وكان مؤدباً لرسول الله ﷺ وخازناً له ، وكان من السابقين إلى الإسلام ، شهد براء والشاهد كلها ، وقد عذب في سبيل الله فصر . كان أمية بن خلف يعذبه ويأجج عليه العذاب فقدر الله تعالى أن يلاً قله بدير ، توفي بدمشق ودفن بباب الصغير سنة ٢٠هـ وهو ابن بضع وستين سنة . انظر أسد الغابة (٢٤٣/١ - ٢٤٥) ، الاصاب (١٧٨/١ - ١٨٢) ، الإصابة (١٦٥/١) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب أهل الكتاب باب أخذ الجزية من الخمر (٢٣/٦) رقم ٩٨٨٦ (١٩٥/٨) كتاب البيع باب بيع الخمر رقم ١٤٨٥٢ وانظر أيضاً السنن الكبرى (٢٠٦/١) كتاب الجزية باب لا يأخذ منهم في الجزية خمر ولا خنزيراً .

١٦٦٤١ - وقوله (ولو هم) : ظاهره الأمر فمن حملة على غيره فقد ترك الظاهر وقوله إن ابن المنذر لم يذكر الزيادة ، لا بضربنا ، لأنه روى بعض الخبر والزائد أولى ^(١) .

١٦٦٤٢ - فإن قيل : لا يعرف انتشار هذا الخبر .

١٦٦٤٣ - قلنا : ما يكتب عمر عليه السلام إلى عماله يعلمون به ، والصحابة يحضرونه ^(٢) ، وعمله من الصحابة ، ومعهم الصحابة فلا بد أن ينتشر .

١٦٦٤٤ - قالوا : القياس مقدم على قول الصحابي ؛ لأن القياس دليل من صاحب الشريعة ، فلا يجوز تركه لقول غيره ^(٣) .

١٦٦٤٥ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الصحابي يحكم توقيفاً [أو قياساً فإن قالوا : توقيفاً] ^(٤) : فهو أولى من القياس .

١٦٦٤٦ - وإن قالوا قياساً : فقياسه دليل من صاحب الشريعة ، فقد تساوى واغرد بمشاهدة التنزيل ، والعلم بمقاصد الرسول ﷺ وأيده التوفيق فقياسه أولى .

١٦٦٤٧ - قالوا : فقد قال عمر رضي الله عنه : إن وطء الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث ^(٥) ولا مخالف له . فلم لا تقلدونه ^(٦) وتركنتم قوله بالقياس ، وأوجب على هبار

(١) قل الشافعي رحمته الله : الذي يزيد في الحديث أولى بالحفظ من الذي لم يأت بالزيادة . انظر السالكى (١٧٥/٥) .

(٢) في (ن) : [يحضرته] .

(٣) إذا تنازع خبر الواحد والقياس بحيث لا يجمع بينهما ؛ قدم الخبر مطلقاً عد الأكثر ، منهم أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، وقيل : قدم القياس ، وهو منسوب إلى مالك ، إلا أنه استثنى أربعة أحاديث فقدمها على القياس ، وهي حديث : غسل الإناء من ولوغ الكلب ، وحديث المصراة ، وحديث العرايا ، وحديث القرعة وقال الشافعي : لا يجوز لقياس مع نص القرآن أو خبر مسند صحيح . أما عند عدمهما فإن القياس واجب في كل حكم . انظر البحر المحيط (٤٦/٧ - ٤٧) ، أصول الشافعي ص ٢٧٥ لأبي على الشافعي وبعث عمدة الحنوشي ط دار الكتاب العربي بيروت ص ٢٧٦ ، الرسالة للشافعي ص ١٩٦ - ١٩٧ ط مصطفى البابي الحلبي بمصر ، تفسير التحرير (١١٦/٣) .

(٤) ما بين المكونتين مناطق من (ع) ، (م) .

(٥) عن سليمان بن يسار وحميد بن عبد الرحمن قالوا : سمعنا أبا هريرة رضي الله عنه يقول : سألت عمر عن رجل من أهل البصرة طلق امرأته طليقة أو طليقتين فزوجت ، ثم إن زوجها طلقها ، ثم إن الأول تزوجها على كم هو عنده ، قال : هي على ما بقي من الطلاق . انظر المنصف لابن أبي شبة (١٠١/٥) كتاب الطلاق ، وانصف لعبد الرزاق (٣٥١/٦) باب الكناح جديد والطلاق جديد ، والسنن الكبرى (٣٦٤/٧ - ٣٦٥) بص الإسناد باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم .

(٦) في الأصل تقلدوه وما اقتضه هو الصواب .

يبرأ المسلم حمر الذي أو خنزيره
٣٤٠٣/٧

ابن الأسود ^(١) هدياً لقوات ححه ^(٢) فلم تقلدوه .

١٦٦٤٨ - قلنا : هذا غلط ، لأن وجوب تقليد الصحابي إذا صبح لم يمسع مخالفاً
البدول عنه في مسألة أخرى . وكأنه يقول أخطأتم هناك فأنا أخطئ ههنا ، فنحن نقدر
عليه الخطأ في هذه المسألة .

١٦٦٤٩ - ولا ينفعه خطأ خصمه في غيرها ، ثم ما قاله غلط ؛ لأن مسألة
الهندي ^(٣) ترك أبو حنيفة قول عمر رضي الله عنه وأخذ بقول أبي ^(٤) وابن عمر رضي الله عنهما في هدي
فألت المحج ^(٥) .

(١) بي (ع) ، (م) ، (ن) : [هبار بن الأسود] . وهو هبار بن الأسود بن المطلب بن أسد بن عبد العري بن
قصي الأسدي القرشي كان سبائاً وسيء الخلق ، وعما عنه رسول الله ﷺ عندما أسلم بعد الفتح وحسن إسلامه
وصحب النبي ﷺ . الاستيعاب (١٥٣/٤) ، الإصابة (٥٩٧/٣ - ٥٩٨) ، أسد الغابة (٦٠٨/٤) .
(٢) جاء في الموطأ كتاب الحج باب هدي من فاته الحج (٣٨٣/١ - ٣٨٤) رقم ١٥٤ مالك عن نافع عن
سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه ، فقال يا أسير المؤمنين أخطأنا
العدا ، كنا نري أن هذا اليوم يوم عرفة ، فقال عمر : اذهب إلى مكة فطف أنت ومن معك وانحروا هدياً إن
كان معكم ، ثم اسلقوا أو قصروا وارجعوا . فإذا كان عام قاتل فحجوا وأهدوا ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام
في الحج وسعة إذا رجع . انظر أيضاً السنن الكبرى (١٤/٥) كتاب الحج باب ما يعمل من فاته الحج وشرح
السنن للذهبي (١٧٧/٤) وعند الحنفية من فاته من الحج الوقوف بعرفة حتى يطالع القمر من يوم النحر فقد
فاته الحج ، فعمل ما يعمل المتمر وعليه القضاء ولا هدي عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من فاته عرفة
بطل ، فقد فاته الحج فلينحلل بعمره » . رواه ابن عمر وابن عباس . انظر نصب الرأية (١٤٥/٣) كتاب
الحج ، السنن الكبرى (١٧٤/٥) ، الفارطاني (٢٤١/٢) رقم ٢١ كتاب الحج ومختصر الطحاوي
ص ٧٢ ، للذهبي (١٨٢/١) فتح القدير (٣٠٢/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) : [حلم] .

(٤) هكذا في (ن) وفي (ص) ، (ع) ، (م) : [ابن لدا] . بعد الرجوع إلى كتب التراجم والتواريخ
لم نثر على ابن لدا ، وبالرجوع إلى كتب السنن والآثار لم نثر على هذا الأثر منسوباً إلى (أبي) والظاهر
أنه ابن الزبير ، كما في السنن الكبرى (١٧٥/٥) . وهو عبد الله بن الزبير بن العوام الأسدي القرشي ولد
في السنة الأولى من الهجرة هاجرت أمه أساءة وهو في بطنها ، شهد اليرموك وفتح أفريقيا ، يرمع بالحلافة
بعد موت يزيد سنة ٦٤ هـ . قتاله بنو أمية واتصروا عليه في الكعبة فقتل سنة ٧٣ هـ . روي عن النبي ﷺ
وجده أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وعائشة وغيرهم ، قال النووي : « إن ابن الزبير كان مظلوماً
واحتاج كان ظالماً خارجياً عليه . انظر ترجمته : الإصابة (٨٩/٤ - ٩٥) ، شذرات الذهب (٧٩/١) ،
البر (٦٠/١) ، أسد الغابة (٢٤٢/٣) .

(٥) قد روي عن ابن عمر وابن الزبير ما يدل على وجوب الحج ، انظر السنن الكبرى (١٧٥/٥) باب ما
يعمل من فاته الحج .

١٦٦٥٠ - وروى عن الأسود ^(١) قال : سألت عمر عن فاته الحج فقال : يتحلل بالطلاوف والسعي وعليه الحج من قابل ولا هدى عليه ، فلقب زید بن ثابت بعد ذلك سنة ، فسماته [فقال] ^(٢) مثل ذلك ^(٣) .

١٦٦٥١ - وهذا قول عمر وزید وهو خير متصل عن عمر رضي الله عنه وخير هيار بن الأسود منقطع لأن سليمان بن يسار ^(٤) لم يلق عمر فستقط هذا الاعتراض ^(٥) .

١٦٦٥٢ - قالوا : السنة ^(٦) أولى من قول عمر رضي الله عنه ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه

(١) هو الأسود بن يزيد بن قيس النخعي أبو عمر ويقال : أبو عبد الرحمن ، روى عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وحذيفة وبلال وعائشة وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الرحمن وأخوه عبد الرحمن وابن أم إبراهيم بن يزيد النخعي ومحارب بن دثار وجماعة . وثقه الإمام أحمد ويحيى بن معين وابن سعد . قال أبو إسحاق : توفي سنة ٧٥٠هـ بالكوفة وقيل : ٧٤٤هـ . انظر تهذيب الكمال (٢٢٣/٣) ، تهذيب التهذيب (٢٩١/١) ، شذرات الذهب (٨٢/١) ، المعبر (٦٣/١) .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) روى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود قال : سألت عمر عن رجل فاته الحج ، فقال : يهل بعمرة وعليه الحج من قابل . ثم خرجت العام للمقل ففقت زيد بن ثابت فسماته عن رجل فاته الحج فقال : يهل بعمرة وعليه الحج من قابل ، وكذلك روى عن عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه عنه ، ورواه سفيان الثوري عن الأعمش بإسناده ، وقال : يهل بعمرة ويحج من قابل وليس عليه هدي ، قال : فلقب زيد بن ثابت بعد عشرين سنة ، فقال مثل قول عمر رضي الله عنه . انظر السنن الكبرى للبيهقي (١٧٥/٧) .

(٤) هو الفقيه الإمام سليمان بن يسار المدني أبو أيوب أحد الفقهاء السبعة ، ولد في خلافة عثمان ، وحديث عن زيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة وحسان بن ثابت وجابر بن عبد الله ورافع بن خديج وعائشة وغيرهم . وكان من أوعية العلم بحيث إن بعضهم قد فضله على سعد بن المسيب . روى عنه أخوه عطاء والزهرى وويمة الرائي وأبو الرناد وغيرهم ، قال الزهرى : كان من العلماء . وقد وثقه يحيى بن معين ، وأبو زرعة والنسائي وابن سعد ، توفي سنة ١٠٧هـ وهو ابن ٧٣ سنة . سير أعلام النبلاء (٤٤٤/٤ - ٤٤٦) ، تهذيب التهذيب (١٩٩/٤ - ٢٠٠) ، المعبر (١٠٠/١) ، شذرات الذهب (١٣٤/١) ، البداية والنهاية (٢٤٤/٩) ، التاريخ الكبير (٤١/٤ - ٤٢) .

(٥) قال البيهقي : وما قبلها عن الأسود عن عمر متصلة ، ورواية سليمان بن يسار عنه منقطعة . قال الشافعي الحديث للمصلح عن عمر يوافق حديثاً عن عمر ويؤيد حديثاً عليه الهدي ، والذي يؤيد في الحديث أولى بالمصط من الذي لم يأت بالزيادة . انظر السنن الكبرى (١٧٥/٥) كتاب الحج باب ما يفعل من فاته الحج .

(٦) السنة لغة : الطريقة المعتادة ، حسنة كانت أو سيئة . ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من سن في الإسلام سنة حسنة كك لا مثل أجر من عمل بها ، لا ينقص من أجورهم شيء ومن سن في الإسلام سنة سيئة كتب عليه مثل وور من عمل بها ، لا ينقص من أجورهم شيء رواه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٣/٤) كتاب العلم باب ما جاء إلى هدي فاتح أو إلى الضلالة . رقم ٢٦ وقال : حديث حسن صحيح ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣٦١/٤) . انظر لسان

بإلّا السلم خمر الذمي أو خمره ٣٤٠٥/٧

قال: «لئن الله الخمر وشاربها وعاصرها ومعتصرها ومشتريها وأكل ثمنها» (١).

١٦٦٥٢ - وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «ثمن الخمر حرام وثمن الكلب» (٢).

١٦٦٥٤ - قلنا: هذا النهي يتناول أكل الثمن، وعندنا أنه منهي عنه، والكلام في صحة العقد مع ذلك وفي تمويلها للكفار.

١٦٦٥٥ - قالوا: عندكم يجوز للمسلم أخذ دينه من الذمي فيأكل ثمن الخمر.

١٦٦٥٦ - قلنا: المسلم لم يأخذه ثمنًا للخمر (٣) وحكم الملك يختلف باختلاف المالكين (٤)؛ بدلالة أن بريرة (٥) كانت تأخذ الصدقة فيأكلها رسول الله ﷺ هدية (٦)

= لغرب (٢١٢٤/٣). وفي الاصطلاح: عبارة عن قول الرسول ﷺ وفعله وتقريره ما ليس من الأمور الطبيعية.

وفي اصطلاح فقهاء الحنفية: ما واطب النبي ﷺ على عمله مع تركه بلا عذر. انظر تفسير التحرير (٢٠/٢).

(١) أخرجه الترمذي في جامعه الصحيح (١١٢١/٢ - ١١٢٢) كتاب البيوع باب النهي أن تتخذ الخمر

حلًا من أسن بن مالك رقم ١٢٩٥، وقال: هذا حديث غريب من حديث أسن، وقد روي نحو هذا عن

بن عباس وابن مسعود وابن عمر، ورواه أبو داود في سننه (٣٢٦/٣) كتاب الأشربة باب اللعب بعصر

لخمر. رقم ٢٦٧٤ وابن ماجه عن ابن عمر، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه (١١٢١/٢ - ١١٢٢)

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٧/٥) في كتاب البيوع، باب كراهية بيع العصور عن بصير الخمر

عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لئن الله الخمر وشاربها وساقيتها وبتاعها ومتاعها وعاصرها

ومعتصرها وحاملها والمحول إليه وأكل ثمنها». واللفظ له، والإمام أحمد في مسنده (٩٧/٢) ومجمع الزوائد

(٩٠/٢) وتلخيص الخبير (٧٣/٤).

(٢) أخرجه اندلسي في سننه (٧/٣) كتاب البيوع رقم ١٩ وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٤٥/٦) كتاب

البيوع والأفضية عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «ثمن الخمر حرام، ومهر البغي حرام، وثمن

الكلب حرام، وإن أتاك صاحب الكلب يتمسك ثمنه فأعطه يديه ثمانًا، والكرية حرام، وثمن الكلب حرام،

ولحم حرام، والميسر حرام، وكل مسكر حرام»، واللفظ له أخرجه أحمد في مسنده (٣٥٦/١) والبيهقي

في السنن الكبرى (١٢/٦ - ١٣) كتاب البيوع باب تحريم بيع الخمر.

(٣) في (ع)، (م) المسلم يأخذ ثمنًا للخمر يحذف لم النافية الجازمة. وفي (ن) لا يأخذ.

(٤) قاعدة: «حكم الملك يختلف باختلاف المالكين».

(٥) هي بريرة بنت مسعود مولاة عائشة رضي الله عنها، صحابة ولها أحاديث، كان زوجها مولى فغيرها رسول الله ﷺ

فما تارت فرقه، وكان يحبها ويمشي في المدينة يمسك عليها واستشفع إليها برسول الله ﷺ فقال لها فيه،

فقلت: أتأمر، قال: «بل أشفع» قالت: فلا أريده. انظر أسد الغابة (٣١/٦)، الإصابة (٢٥١/٤ - ٢٥٢) ١

للمع الكبير (٢٤/٢٤ - ٢٥٠).

(٦) في (ع)، (م) هذه روي عن عروة بن الزبير عن بريرة قالت: تُصدقني على بلحم فأهديه لثلاثة فأبته

حتى دخل رسول الله ﷺ فقال: «ما هذا اللحم؟» قالت: لحم تُصدقني به على بريرة فأهدتني، قال: -

والصدقة محرمة عليه ، ثم جاز باختلاف المالكيين .

١٦٦٥٧ - قالوا : روي عن علي عليه السلام : أنه نهاه عن بيعها ^(١) .

١٦٦٥٨ - قلنا : إنما نهاه عن إظهار بيعها . وكذلك نقول ، ويدل على أنها مال لهم : أنهم يمتثلونها ويعتقدونها مالا [فكانت مالا لهم] ^(٢) كالعبد المرتد .

١٦٦٥٩ - ولا يلزم الميتة والدم ؛ لأنهم إن تناولوها كانت كالخمر ، ولأنه شراب ممدوح عندهم ، فوجب أن يكون مالا لهم كسائر أشربتهم .

١٦٦٦٠ - ولأنهم يُقَرَّون على إسماكه والانتفاع به فكان مالا لهم ، كالشاة التي تركت التسمية عليها عمداً ، ولأنها كانت متمولة قبل التحريم بعد الأحكام دون الأسماء .

١٦٦٦١ - ولأن أهل الذمة لم يعتدلوا التحريم ، فيبقى التمول في حقهم كما كان ، وإذا ثبت أنها مال لهم ، فإذا أظلفها من غير إباحة لنقض ضمنها كسائر أموالهم .

١٦٦٦٢ - ولا يلزمه العبد المرتد ؛ لأنه يرؤيته أباح قتل نفسه . وهو يملك الإباحة بدلالة أنه لو أقر على نفسه بالقتل قتل ، فلذلك سقط الضمان .

١٦٦٦٣ - احتجوا : بما روى أبو الزناد ^(٣) عن الأعرج ^(٤) عن أبي هريرة عليه السلام قال :

= وهو على بركة صدقة ، ولنا هدية . انظر المعجم الكبير (٢٠٥/٢٤) ، مجمع الزوائد (٢٤١/٤) .

(١) انظر مسند الإمام الشافعي ص ٢٨٦ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) ما بين المكونين ساقط من (د) .

(٣) هو الإمام الفقيه عبد الله بن ذكوان القرشي أبو عبد الرحمن المدني المعروف بأبي الزناد ، وكان أبوه ذكوان مولياً وملة بنت شيبه بن ربيعة زوجة الخليفة عثمان بن عفان ، وقيل مولياً بنته عائشة . روي عن أم ابن عثمان وأبى بن مالك وعروة بن الزبير وعلي بن الحسين والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج وغيرهم . وروى عنه السفينان وغيرهم . قال فيه عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أبيه : ثقة . ولد في نحو سنة خمس وستين في حياة عبد الله بن عباس ولقي ابن عمر وأبى بن مالك وغيرهم ، وتوفي سنة ١٣٦هـ في ليلة الجمعة تسع عشرة غللت من رمضان ، وهو ابن ست وستين سنة . كان قتيلاً وأحد علماء المدينة . انظر سير أعلام النبلاء ٤٤٥/٥ - ٤٥١ ، تهذيب التهذيب ١٧٨/٥ - ١٧٩ ، تهذيب الكمال ٤٧٦/١٤ . ، شذرات الذهب ١٨٢/١ .

(٤) هو عبد الرحمن بن هرمز الأعرج المدني ، مولياً ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب . روي عن أبيه ابن خلدون ، والسائب بن يزيد وأبي هريرة وغيرهم . وروى عنه أبو الزناد عبد الله بن ذكوان وعكرمة وعقبة وغيرهم ، توفي بالإسكندرية سنة ١١٧هـ . قال ابن سعد : كان ثقة كثير الحديث ، وكان عالماً بالأنساب العربية . التلخيص الكبير (٣٦٠/٥) ، تهذيب التهذيب (٢٩٠/٦) ، تهذيب الكمال (٤٦٧/١٧ - ٤٧١) ، شذرات الذهب (١٥١/١) .

تبطل اسلم خمر الذمي أو خنزيره ٣٤٠٧/٧

إن الله تعالى لمن الخمر وحرم ثمنها ، ولحم الخنزير وحرم ثمنه ^(١) .

١٦٦٦٤ - قلنا : ثمنها محرم عندنا لكنهم أقروا عليه ، واختلف فيه القيمة وليس الثمن ^(٢) .

١٦٦٦٥ - قالوا : نجس العين فلم يكن مالا ، ولا يجوز بيعه ، ولا يضمن بالإتلاف كالبول ^(٣) .

١٦٦٦٦ - قلنا : المعنى فيه أنهم لا يتمولونه في العادة بالإتلاف ، إلا أن توجد إباحة من يملك الإباحة ^(٤) .

١٦٦٦٧ - قالوا : علة الأصل تبطل بالمصحف والشحوم .

١٦٦٦٨ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنهم يتمولون المصحف [لمطالعة ^(٥)] واقتناه [كما يتمولون كتب اللغة والشعر . وأما الشحوم ^(٦)] : فإنهم يتمولونها لأجل أمانتها وإن حرمها كما يتمول السمن النجس . فإن كانوا لا يتمولون الشحوم لم تضمن لهم .
١٦٦٦٩ - قالوا : فتبطل العلة بالموقوذة وذبائح المجوس ^(٧) .

١٦٦٧٠ - قلنا : أما الموقوذة : فإنها تضمن ، وأما ذبائح المجوس ^(٨) فحوايلنا عنها جوايلنا في الشحوم .

(١) أخرجه البيهقي في استن الكبري (١٢/٦) كتاب البيوع باب تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، وأخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع في ثمن الخمر والميتة (٢٧٩/٣) رقم ٣٤٨٥ والدارقطني في سننه (٧/٢) كتاب البيوع رقم ٢١ وكنز العمال (٧٩/٤) رقم ٩٦١٨ . انظر هذا الدليل في المذهب للشيرازي (٣٢٤/١) ولكن في حديث آخر في هذا المعنى ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال : « إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه » أخرجه البيهقي في سننه الكبري ، كتاب البيوع ، باب تحريم التجارة في الخمر (١١/٦) والبيهقي في ججمع الزوائد (٨٩/٤) .

(٢) قال البيهقي : نحن نقول بموجب ذلك ، وهما حرام علينا ، ولكنهم أقروا على ذلك ، فكان حلالا لهم . انظر البداية على الهداية (٤٢٤/٨) .

(٣) انظر مني المحتاج (٢٨٥/٢) وفيه « ولا تضمن الخمر سواء أكانت لمسلم أو لغيره محرمة أم لا » إذ لا قيمة لها كالدوم والميتة وسائر الأحيان الجسة . (٤) انظر البداية على الهداية (٤٢٤/٨) .

(٥) بدلا من : « القضاء صاحبها » المكتب في النسخ » .

(٦) [لا] ما بين المكوفين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) . والصواب حذفها كما في (ص) ، (ع) ، (م) .

(٧) أما ما في (ن) فخطأ لأن المعنى يصح . (٧) انظر الحاوي الكبير (٢٢١/٧)

(٨) أي (ن) : [للمسلمين] .

- ١٦٦٧١ - قالوا : علة الأصل تبطل بالعبد المرتد ^(١) .
- ١٦٦٧٢ - قلنا : هو مال لهم يجوز ، بيعه ولا يجب على ^(٢) مستهلكه ضمان ، لأنه أباح دم نفسه فيملك الإباحة على ما قدمنا .
- ١٦٦٧٣ - قالوا : ما لا يتقوم لأهل ملة لم يتقوم عليها ^(٣) ^(٤) .
- ١٦٦٧٤ - قلنا : لا يتقوم للمسلمين ، لأنهم متعوا من قوله والانتفاع به ، ويتقوم عليهم من يتعوله وأقر على الانتفاع به ، ولهذا يضمن الشاة التي تركت التسمية عليها عمداً لحالفينا ^(٥) ولا يضمنهم إذ أتلفوا علينا .
- ١٦٦٧٥ - قالوا : المعتر في الأحكام بما يقرون عليه في شرعنا دون ما اعتقده الكفار وإن أقرناهم عليها ، كما نقرهم على كفرهم بالجزية ، ولا يعتبر ذلك إقراراً بأحكام الكفر .
- ١٦٦٧٦ - قلنا : عندنا أن شريعتنا لما منعت التعرض لهم في الحرم وحظرت إيتائهم عليهم ، وأوجبت إقرارهم على قولها ؛ اقتضت شريعتنا تقويمها ^(٦) .

(١) انظر مع الشرح الكبير (٤٤٣/٥) .

(٢) حكى في (ن) وهو الصواب أما في باقي النسخ في .

(٣) انظر التكملة الثانية للمجموع (٢٨٣/١٤) وفيه لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالاً ، ويختلف مالكه فلا يختلف حكمه في كونه مالاً كالحبران هو مال مسلم وكافر ، فلما لم يكن الحبر والخبر مالاً لمسلم أو كافر ، ثم لو دعي جلد ميتة صار مالاً لمسلم وكافر ، ويحرم من هذا قياساً : الأول : أن كل ما ليس مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الكافر ، كالكليبة والدم أو كل عين لم يصح أن تشتمل ذمة المسلم بمنها لم يصح أن تشتمل ذمة المسلم بقيمتها . والثاني : أن ما لم يستحقه من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالفلس .

(٤) قاعدة : ما لا يتقوم لأهل ملة لا يتقوم عليها .

(٥) وفي (ن) : [لحالفينا] . ولكن الحنفية والشافعية متفقون على عدم ضمان من أتلف الشاة المذبوحة للربوة التسمية . انظر البحر الرائق (١٤٣/٨) .

(٦) هذه مسألة مرتبطة بمسألة أصولية وهي : هل الكفار مكلفون بفروع الشريعة الإسلامية بعد اتفاق العلماء أنهم مكلفون بأصول الشريعة ؟ وقد نقل القاضي أبو بكر الباقلائي الإجماع على تكليفهم بتصلين الرسل وترك تكذيبهم ، أما في الفروع فقد اختلف العلماء على عدة مذاهب ، المشهور منها مذهبان : الأول : أنهم مكلفون بها ، وهو ظاهر مدعي الشافعي ؛ فلى هذا يكونون مكلفين بفعل الواجب وترك الحرام والاعتقاد في اللذوب والمكره والباح . والثاني : أنهم ليسوا مكلفين بها ، وبه قال الحنفية واختاره الإسماعيلي . وقال الشافعية : حصول الشرط الشرعي لفعل المكلف ليس شرطاً للتكليف به ، فيجوز التكليف به وإن لم يحصل شرطه . انظر أصول السرغسي (٧٣/١) تحقيق أبو الوفا الأصفهاني ط طابع دار الكتاب العربي ، التمهيد للإستيعي ص ١٦٦ ، تيسير التحرير (١٤٨/٢) .

١٦٦٧٧ - فأما أن تُقَوِّمَ بحكم دينهم فلا .

١٦٦٧٨ - قالوا : قد اقتضت شريعتنا عند أبي حنيفة إقرارهم على تزويج ذوات المحارم ، ثم لم يوجب التوارث بهذا النكاح - لم ينقض توارثنا عليهم لأن الزواج الصحيح قد يخلو من التوارث وأحكامه . فلو منعنا البيع وأسقطنا الضمان عن المتلف لنقضنا معنى إقرارهم على تمولها .

١٦٦٧٩ - فإن قيل : لو ترفعوا إلى الحاكم ، أبطل نكاح ذوات المحارم وحكم على المشتري بضمن الخمر ، فكان يجب أن يتساويا في الإبطال أو في التصحيح .

١٦٦٨٠ - قلنا : ملك الإنسان لاستباحة أمه وبنته وأخته لا يجوز في الإسلام بحال فم يجوز أن يحكم الحاكم به . وملك المسلم الخمر يجوز ، لأنه تملكها بالميراث والضمان ، فلما جاز تملكها في الإسلام جاز للحاكم أن ينفذ الحكم ^(١) المتفق عليه في الشرع والقضاء بالثمن ، كالقضاء بالمسمى في نكاح ذوات المحارم إذا [دخل] ^(٢) بهن وكذلك نقول / .

(١) أي (ع) ، (م) : [المتن] .

(٢) ما بين المكرهين ساقط من (ع) ، (ع) ، (م) .



هبة الطعام والغصوب لغير المعصوب منه

١٦٦٨١ - قال أصحابنا : إذا غصب طعاماً فوهبه لغيره فأكله ، فلمالك تضمين أبيهما شاء ، فإن ضمن الغاصب لم يرجع على الآكل وإن ضمن الآكل لم يرجع على الغاصب ^(١) .

١٦٦٨٢ - وقال الشافعي رحمه الله : إن أطلق الهبة ثم ضمن الموهوب له ، فهل يرجع على الواهب ؟ فيه قولان . وإن ضمن الغاصب رجع على الموهوب له ، على القول الذي قال : للموهوب لا يرجع .

١٦٦٨٣ - وعلي القول الآخر : يرجع ، وإن قال : كُئله ؛ فهو طعام فلان ، ثم ضُرع الغاصب رجع عليه . وإن ضُمنه هو لم يرجع على الغاصب . وإن قال : هذا طعامي فكله ، فإن رجع عليه الغاصب لم يرجع على الآكل قولاً واحداً ، وإن رجع على الآكل فهل يرجع على الغاصب ؟ قولان ^(٢) .

(١) المبسوط (٤٩/١١) ، الفناوى الهندية (١٤٧/٥) . وعد المالك إذا وُجِعت طعاماً أو إذا تناكته ، أو ثوباً فلبسته حتى ألبينه رجع مستحقه على العاصب للملك ، لأنه المتعدي للمسلط ، وإن كان معدماً أو معجزاً عنه فملك لأهلك المتعجب به له ، ولا ترجع أنت على الواهب بشيء لعدم انتفاعه . انظر المدونة (١٨٦/٤) ، الذخيرة (٢٧٢/٨) ، البيان والتحصيل (٢٤٠/١١ - ٢٤١) .

(٢) انظر الحاروي الكبير (٢٠٥/٧ - ٢٠٦) ، المهذب (٣٧٢/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٠/١٤) ، حلية العلماء (٢٢٤/٥) ، روضة الطالبين (١٠/٥) . قال للماوردي : من غصب طعاماً فأطعمه غيره فبه ثلاثة فصول : أما الفصل الأول : وهو أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له ، فرب الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الغاصب لتعديده بأفعله ، وبين أن يرجع على الموهوب له لاستهلاكه بيده ، فإن رجع على الموهوب له فأغرمه إياه رجع بهرمه على العاصب ؛ لأنه غار له في ربحاب الغرم . والقول الثاني : أنه لا يرجع على العاصب لبطال هبته ، فصار كاستهلاكه إياه من غير هبته . وإذا رجع المالك بهرمه على العاصب الواهب ، فإن كان الموهوب له علماً بأنه معصوب رجع الغاصب عليه بما غرم ، وإن لم يعلم بأنه معصوب معي رجوعه بالهرم على الموهوب له قولان أحدهما : لا يرجع به لأنه عار ، والقول الثاني : أنه يرجع على الموهوب له بالهرم لأنه متلف . وعد الخاتمة : إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فلمالك تضمين أبيهما شاء ؛ لأن الغاصب حال بينه وبين ماله ، والآكل أكل مال غيره بغير إذنه ، وقبضه عن يد ضامه بغير إذن مالكة . فإن كان الآكل عاتلاً بالمعصب استقر لصاحبه عليه ، لكونه أنفق مال غيره بغير إذن عاتلاً من غير تقرير . فإذا ضمن الغاصب رجع عليه ، وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد . وإن لم يعلم الآكل نظراً فإن كان العاصب قال له : كل فإنه طعامي ؛ استقر لصاحبه عليه .^٣

هذه الصام والمصوب لعير المصوب منه ٣٤١١/٧

١٦٦٨٤ - لنا : أن الموهوب له قابض لنفسه من غير بدل ، فوجب أن لا يرجع على من أقبضه . أصله إذا قال : هذا طعام فلان غصبت ، ولأن منفعة الأكل سلمت له فلا يرجع بيده على غيره ، أصله إذا غصب منه فأكله .
١٦٦٨٥ - [ولأنه وهب ملك غيره ، فإذا ضمن لم يرجع على من وهب له ، كما لو قال : هذا طعامي فأكله] ^(١) .

= لا يخبره بأن الضمان باق عليه ، وأنه لا يلزم الأكل شيء . وإن لم يقل ذلك ، ففيه روايتان ، إحداهما : يستقر الضمان على الأكل . والثانية يستقر الضمان على الغاصب ، وهذا ظاهر كلام الحنفية . المنهي مع الشرح الكبير (٤٣٦/٥) ، الشرح الكبير مع المنهي (٤٢٢/٥ - ٤٢٣) ، المبدع (١٧٨/٥) .
(١) ما بين المكونتين ساقط من (م) .



جبر نقصان الولادة بالولد

- ١٦٦٨٦ - قال أصحابنا : إذا ولدت المصوبة في يد الغاصب فنقصتها الولادة ومي
الولد وفاء بالنقصان لم يضمن ذلك ^(١) .
١٦٦٨٧ - وقال زفر : يضمنه ^(٢) .
١٦٦٨٨ - وبه قال الشافعي رحمه الله ^(٣) .

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ١١٨ ، المتوسط (٥٨/١١ - ٦١) ، تبين الحقائق (٢٣٢/٥) ، البحر
الرائق (١٣٨/٨) ، رموس المسائل ص ٣٥٤ ، الهداية (١٩/٤) ، النهاية على الهداية (٤١٠/٨ - ٤١١) .
قال الزمخشري : نقصان الولادة بحر يورثه الولد عندما إن كان في الولد وفاء بنقصان الولادة . وقال الطحاوي
في مختصره : وإذا غصب رجل جارية فحملت في يد الغاصب فولدت ثم مات ولدها من غير فعل الغاصب
فلا ضمان عليه فيه ، وعليه ضمان نقصان الجارية بالولادة للمغصوب منه . ولو لم يمت الولد في يد الغاصب
نظر إلى قيمة الولد ، وإلى قيمة النقصان بالولادة . فإن كان في قيمة الولد ما بقي به فلا ضمان على الغاصب
فيه ، وإن كان لا بقي به ضمن للمغصوب منه قيمة نقصان الولادة .

(٢) انظر الهداية (١٩/٤) ، النهاية (٤١١/٨) ، تكملة البحر الرائق (١٣٨/٨) ، تبين الحقائق (٢٣٢/٥)
ففي البداية قال زفر : لا ينجر النقصان بالولد ؛ لأن الولد ملكه فلا يصح جازاً ، الملك ؛ لأن الضمان جبر ما دلت
منه ، ولم يوجد كما في ولد النطفة إذا أخرجهما من الحرم ونقصت قيمتها بسبب الولادة ، وقيمة ولدها يساوي
ذلك النقصان ، فإنه لا يجبر بها فيجب ضمان النقصان مع وجوب ردها إلى المغصوب منه . وكما إذا هلك الولد
قبل الرد فإنه يجب ضمان النقصان . ولو ماتت الأم بسبب الولادة وبالولد وفاء صار حكم هذا كما إذا جاز صوف
شاة غيره فبنت صوف غيره أو قطع فوائم شجرة غيره فبنت قرأهم أخرى مكانها . فإن هذا النماء لا بحر
النقصان . وبهذا لقول قال الإمام مالك والإمام أحمد ، جاء في الذخيرة : إذا ولدت من الغاصب صلات الولد غرم
أرض نقص الولادة ، وعليه قيمته يوم الولادة إن ولد حياً واشترأها حائلاً أو ولدت عبده ، وإذا استحققت الأمة المشتراة
غرم قيمة الولد ونقص الولادة للمغصوب منه ورجع بذلك على الغاصب . انظر البيان والتحصيل (٢٥٦/١١) ،
التفرغ (٢٨٠/٢) ، الذخيرة (٣٠٥/٨) . وجاء في الشرح الكبير مع المعنى (٤١٧/٥) ويصم نقص الولادة لا
يجبر بزهادتها بالولد ، وانظر أيضاً المعنى مع الشرح الكبير (٤٠٨/٥) .

(٣) انظر حلية العلماء (٢٢٧/٥) وروضة الطالبين (٦٥/٥) قال النووي : لو نقصت الجارية بالولادة
والولد رقيق تقي قيمته بنفسها لم ينجر به النقص بل يأخذ الولد والأرض . انصاف : ذهب الإمام أبو حنيفة
وصاحبه أبو يوسف ومحمد إلى عدم ضمان نقص الولادة ، بل يجبر النقص الحاصل من الولادة بالولد إذا
كان به وءه لذلك ، ولكن الإمام زفر بن الهذيل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يرون أن ولد المصوبة
لا يجبر نقصان الولادة ، بل يضمنه الغاصب .

١٦٦٨٩ - لنا : أن حدوث الولد وانفصاله أوجب النقص ، وكل نقص وقع لمولود جاز أن يجبر به . أصله : إذا جنى على [الأم] ^(١) ، ولأن الولادة أوجبت نقصاً وأفادت مالاً ، فجاز أن يجبر النقص بالفائدة . أصله : إذا قلع سن المصوبة فنبت ، أو قطع يدها فأخذ الغاصب الأرض ^(٢) .

١٦٦٩٠ - فإن قيل : لا تسلم أن الولادة أفادت مالاً ؛ لأن الولد كان ملكاً قبلها ، ولهذا يجوز تصرفه ^(٣) فيه بالعتق .

١٦٦٩١ - قلنا : إنما صار مالاً بالولادة ، بدلالة أنه صار بحيث يعتاض عنه ، وقبلها كان لا يجوز الاعتراض عنه .

١٦٦٩٢ - فإن قيل : هذا ينتقض إذا قطع غصن شجرة فنبت ، أو جزّ صوباً فنبت ^(٤) .

١٦٦٩٣ - قلنا : إنما يضمن الغصن والشعر ولا يضمن نقصان الأم . ألا ترى أنه لو لم تنقص [قيمة الشجرة والشاة] ضمن ، وإتلاف الأغصان ما أوجد ما حدث من الأغصان ؟ .

١٦٦٩٤ - قالوا : ^(٥) إذا قطع أنثى العبد أو الأصبع الزائدة فإن قيمة العبد تزيد ولا يجبر الأرض بزيادة القيمة ^(٦) .

١٦٦٩٥ - قلنا : مهنا يضمن التلف ولا يضمن النقصان ، بدلالة أن تضمين اليدين بجميع العبد والنقصان لا يبلغ كل القيمة ، فصار ذلك كالأغصان .

١٦٦٩٦ - ولأن زيادة القيمة في العين المصوبة غير معتد بها ، كما لا يعتد عندنا بنقصانها ، فوجودها وعدمها سواء ، فبقي فوات النقص وهو نقص .

١٦٦٩٧ - قالوا : الأرض مال وجب للمغصوب منه ، فقام الغاصب مقامه في قبضه .

١٦٦٩٨ - قلنا : إنه ^(٧) وجب للمغصوب منه فاغتد به في مقابلة النقصان الذي

(١) ما بين المكونتين ساقط من (ن) .

(٢) لبسوط (٥٩/١١) وروى المسائل ص ٣٥٤ قال الزمخشري : سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة ؛ لأنه بالولادة انتقصت ، وبالولد زادت ، فنجبر هذه الزيادة بهذا النقصان ، كما لو قلع سن إنسان ثم نبت مكانه آخر ، فإنه يجبر ولا ضمان على القاطع لهذا المعنى ، لأن سبب الزيادة والنقصان واحد .

(٣) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) في (ص) : [قُلت] والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٥) في (ص) : [زيادة] [يطل] .

(٦) انظر تكملة البحر الرائق (١٣٨/٨) ، تبين الحقائق (٢٣٢/٥) .

(٧) هكذا في (ص) وفي باقي النسخ (إلا أنه) .

كان يضمه العاصب ، كذلك الولد . وإن حدث على ملكه يجبر به القصاص الحادث على ملكه إذا كان سبياً في حصوله .

١٦٦٩٩ - ولأنه نقص لو حصل في الموهوبة لم يسقط به شيء من الدين فلم يلزم غرامته في العصب ، أصبه نقصان الشعر .

١٦٧٠٠ - ولأنه نقص حصل^(١) بالولادة ، وفي الولد وفاء به فلم يضمن لأحله شيئاً . أصله الموهوبة إذا ولدت .

١٦٧٠١ - احتجوا : بأن الولد مال مقصوب منه فوجب أن لا يحرم به القصاص الحادث في يد العاصب ، كسائر أمواله^(٢) .

١٦٧٠٢ - قلنا : يطل بالآرث [وبالسنة]^(٣) إذا قلعتها فبنت ، ولأن سائر أمواله لم يستنفدها بسبب الولادة فلم يجبر بنقصانها . وفي مسائلنا بخلافه .

١٦٧٠٣ - قالوا : نقص حصل بالولادة فلا يجبر بالولد ، كما لو ماتت الأم^(٤) .

١٦٧٠٤ - قلنا : إذا ماتت الأم سقط نقصان الولادة وتعلق الحكم بالأصل . وإذا سقط ضمانه بطل جبرانه [بما حدث بسببه]^(٥) وقبل الموت ضمانه واجب ، فجاء أن يجبر ؛ ولأن الولد تبع والنقصان تبع والأم أصل ، والتبع يقوم مقام الأصل .

• • •

(١) في (ن) حدث .

(٢) هذا الدليل للإمام رفر ينفذ حيث قال هو ضامن لجميع القصاص ، لأن ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء من له الحق وقد اتدمم الإسقاط بمن له الحق ، وهو يرد الولد لا يكون مؤدياً للضمان ؛ لأن الولد ملك المضمون به وأداء الضمان بملك غير المضمون له ؛ لأن الضمان بحرام ما فات عليه ، وملكه لا يكون جازماً للملك . المبسوط (٥٨/١١) وفي الشرح الكبير مع المعنى (٤١٧/٥) : أنه ولدها ملك للمعصوب منه فلا يجبر به نقص حصل بجهة العاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة . ونظر أيضاً للمعنى مع الشرح الكبير (٤٠٨/٥) ونتائج الأفكار (٣٥٠/٩) .

(٣) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر نتائج الأفكار (٣٥١/٩) .

(٥) ما بين المكونتين ساقط من (ن) .



ضمان أم الولد بالعصب

- ١٦٧٠٥ - قال أبو حنيفة : أم الولد لا تضمن بالعصب إذا تلفت في يد الغاصب ^(١) .
- ١٦٧٠٦ - وقال الشافعي : تضمن ^(٢) .
- ١٦٧٠٧ - لنا : أنه سبب لا تضمن به الحرية ، فلم تضمن به أم الولد [كما لا يضمنها] ^(٣) مولاهما بالعقد .
- ١٦٧٠٨ - ولأنه ضمان يد ، فلا يثبت في أم الولد . أصله : إذا مات المولى وعليه دين تحملته في يد نفسها .
- ١٦٧٠٩ - قالوا : كل ما يضمن بالقيمة إذا أتلفه الغاصب ضمن بها إذا أتلف في يد كالمدير ^(٤) .
- ١٦٧١٠ - قلنا : المدير لو حصل في يد نفسه بموت المولى جاز أن يضمن رق نفسه عندنا من طريق الحكم . وعندهم إذا كوتب جاز أن يضمنه الغاصب باليد ، وأم الولد بخلاف ذلك .

- (١) الهداية (٢٣/٤) ، البداية (٤٤٦/٨) ، تبين الحقائق (٢٣٩/٥) قال الزيلعي : من نصب أم ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة ، لا أم الولد ، وهذا عند أبي حنيفة . ويقول الإمام أبو حنيفة قال ابن القاسم من المالكية ، فقال : إذا ماتت أم الولد عند غاصبها غرم قيمتها لسيدها ، قيمة أم الولد لا عقل فيها . انظر الذخيرة للقرافي (٢٧٧/٨) .
- (٢) انظر حلية العلماء (٢٢١/٥) ويقول الشافعية قال الصحاح من الحنفية وسحبون من المالكية والإمام أحمد . انظر البداية على الهداية (٤٤٦/٨) ، الذخيرة (٢٧٧/٨) ، البياض والتحصيل (٢٤٢/١١) .
- (٣) مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) . (٣) زيادة اقتضاها السياق .
- (٤) انظر تبين الحقائق (٢٣٩/٥) ، للحنفي مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) قال ابن قدامة : لنا أن ما يضمن بالقيمة يضمن بالعصب كالقنن ، ولأنها مملوكة فأشبهت المدبرة ، وفارقت الحرية فإنها ليست مملوكة ، ولا تنص بالقيمة .

مَوْسُوعَةٌ
الْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ الْمَقَابِلَةُ
الْأَسْمَاءُ

الْبَحْرُ ذَا

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة (١)

(١) الشفعة لغة: الزيادة من باب نفع شفعت الشيء ضمته إلى الفرد، وشفعت الركة جعلتها شتين، من ها شفت. والشفعة هي اسم للملك المشفوع مثل القلعة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى التسلك لذلك ملك، ومنه قولهم: من ثبت له شفعة فأحر الطل من غير علم بطلت شفته، ففي هذا المثال جمع بين الصيغتين، فإن الأولى للمال، والثانية للملك، اسم الفاعل شفع والجمع شفعة مثل كرم وكرماء وشافع أيضًا. لسان العرب (٢٢٩/٤)، المصباح المنير (٤٣٣/١)، القاموس المحيط (٤٦/٣) مادة شفع. وأما الشفعة في الاصطلاح فقد عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة، فعرفها الحنفية بأنها عبارة عن حق التملك في العقار يدفع ضرر الجوار. وقال الحنفية في تعريف آخر: الشفعة عبارة عن تملك العقار على مشتره بما قام عليه حيزًا. وأما المالكية فقد عرفوها بأنها استحقاق شريك أحد ما عاوض به شريكه من عقار يشمه أو قيمته بصفة. أما الشافعية فقد عرفوها بأنها حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بهومن. وأما الحنابلة فقد عرفوها بأنها استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكه للمقتلة عنه من يد من انتقلت إليه. تبين الحقن (٢٣٩/٥) وحاشية الشلي على تبين الحقن (٢٣٩/٥)، الهامية (٢٤/٤)، حاشية ابن عابدين (١٨٨/٥ - ١٨٩)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٤٧١/٢ - ٤٧٢)، نتائج الأثكار (٣٩٩)، الشرح الصغير للردري على حاشية بلفة السالك للمصاوي (٢٢٦/٢)، مفتي المحتاج (٢٩٦/٢) وحاشية القلبي وعميرة على المحلى (٤٦/٣) والجبرمي على الخطيب (١٤٥/٣)، الإقناع على حل ألفاظ أبي شجاع (٥٨/٢)، نهاية المحتاج (١٩٤/٥)، المفتي مع الشرح الكبير (٤٥٩/٥)، الإنصاف (٢٥٠/٦)، البدع (٢٠٣/٥ - ٢٠٤). وهذه التعريفات الأربعة قد احتلفت تبعا لاختلاف الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بها خاصة فيما يتعلق بشفعة الجار، حيث اعتبر الحنفية الجوار سببا من أسباب الشفعة، بينما ذهبت للمذهب الثلاثة الأخرى إلى أنه لا يثبت للجار شفعة، وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أن الراجح هو تعريف الحنفية، لأن تعريف المالكية والشافعية والحنابلة خصصت الاستحقاق بالشريك دون الجار، فكانت الشفعة معدومة مقصورة عليه بخلاف تعريف الحنفية الذي أثبت الشفعة للشريك والجوار وإذا كانت الشفعة قد شرعت لنفع الضرر فإن هذا الضرر يأتي من الجار كما يأتي من الشريك.

خاتمة مطروحة الشفعة.

يجمع ثوبتها إلى السنة والإجماع والأحاديث الموجبة لها كثيرة، منها قول رسول الله ﷺ «الشريك شفع» والشفعة في كل شيء. أخرجه الترمذي عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلًا. انظر المجموع الصحيح (١٤٥/٢) رقم ١٣٧١. وقول رسول الله ﷺ «بأن جار الدار أحق بشفعة الدار الأرض، أخرجه أبو داود في مسنده (٢٨٦/٢) رقم ٣٥١٧ وغيرهم من الأحاديث. وأما الإجماع: فقد نقله كثير من الفقهاء منهم الموصلي صاحب الاختيار، والمأوردي صاحب الحاوي، وابن قدامة صاحب المفتي، وغيرهم. انظر الاختيار (٥١/٢) والحواوي (٢٢٧/٧) والمفتي مع الشرح الكبير (٤٥٩/٥) وحلية العلماء (٢٦٣/٥). فقد قال ابن منظر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط. كتاب الإجماع لابن المنذر ص ٥٦ ولكن قد خالف بعض العلماء هذا الإجماع، منهم أبو العباس محمد بن =



هل شراء الأرض والتخيل يستلزم دخول الثمر في الشفعة

١٦٧١١ - قال أصحابنا : إذا اشترى أرضاً ونخلًا وفي النخل تمر ، أخذ الشمع ذلك بالشفعة ^(١) .

١٦٧١٢ - وقال الشافعي [رحمه الله] ^(٢) : لا تجب الشفعة في الثمر . وإن كان غير مؤبر ^(٣)

= يعقوب الأصم للمروئي سنة ٣٤٠ هـ . وجابر بن زيد من التابعين المتوفى سنة ٩٣ هـ وأبو بشر إسماعيل بن إبراهيم الأسيدي المعروف بابن علي التوفي سنة ٩٣ ، انظر ترجمتهم في سير أعلام النبلاء (١٠٧/٩ - ١٢٠ - ١٨١/٤) ٤٨٢ - وطبقات الشافعية للإسنوي (٧٢/١ - ٧٧) ، فقالوا : لا تبت الشفعة ؛ لأن في ذلك إضراراً لأرباب الأملاك ، فإن الشريك إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يمه ، ويقاعد الشريك عن الشراء ، فينضرب المالك المني مع الشرح الكبير (٢٦٠/٥) والحاوي الكبير (٢٢٧/٧) وحلقة العلماء (٢٦٣/٥) وتكملة بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ؛ سبق تخريج هذا الحديث وهذا خطأ ؛ لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض يصير به الجبر كافور ، ثم إنه ليس بشيء مخالفة الآثار الثابتة والإجماع المتعقد فيه ، وليس في التمسك بقوله لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ما يمنع من الشفعة ؛ لأن المشتري يعاوض على ما بذله فيحصل إليه وترجع . انظر المني مع الشرح الكبير (٢٦٠/٥) والحاوي الكبير (٢٢٧/٧) .

وترجع حكمة مشروعية الشفعة إلى العمل على رفع ما قد يصبب الشريك أو الجار من ضرر شركه وتجب ما قد يحدث له إما بسبب مشاركته لشخص لا تأمن عواقبه ، وإما بسبب مجاورته فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع ردي الخلق سيئ المعاشرة والصبر يجب أن يدفع قدر الإمكان ، مصداقاً لقوله لا ضرر ولا ضرار . (سبق تخريجه) ، وخاصة ما أمر به الشارع الكريم من إكرام الجار لقوله لا ضرر ولا ضرار ، من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره ؛ أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الإيمان باب الحديث على إكرام الجار (٦٨/١) رقم ٢٤ عن أبي هريرة ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الجزية باب ما جاء في الضيافة لثلاثة (١٩٧/٩) فالصبر يجب دفعه وتجنبه ما أمكن فمن طريق الشفعة يتصل ذلك الشفع بالشيء المشتري فيدفع ضرر المشتري عن الشفع . انظر مجمع الأنهر (٤٧٢/٢) وحاشية ابن عابدين (١٤٤/٥) وتبيين الحقائق (١٣٩/٥) وأعلام الموقعين ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .

(١) ما بين المكوفين سلف من (ص) .

(٢) انظر بدائع الصالح (٢٧/٥ - ٢٨) ، الهداية (٣٤/٤) ، تبيين الحقائق (٢٥١/٥) ، الاختيار (٦٦/٢) . وبه قال المالكية كما جاء في الذخيرة التي جاء فيها . إذا اشترى أصولاً فيها ثمر مؤبر بغير شرها ؛ جاز شراء الثمر قبل طيبها ، وكأنهما صفة واحدة ، وشفع فيها الشريك ، وليس له أخذ أحدهما دون الآخر . (٣) التأخير . التفتيح والإصلاح يقال أبر المحل والزرع بأمره وبأمره أبداً وأبازاً وأبارة وأيرة أي أصلحه وأفقهه . =

هل شراء الأرض والنخيل يستلزم دخول الثمر في الشفعة ٣٤٢١/٧

دخل في البيع بغير شرط ، وهل يؤخذ بالشفعة على قولين (١) ؟ .

١٦٧١٣ - لما : ما روى ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
الشريك شفع ، والشفعة في كل شيء (٢) .

١٦٧١٤ - ولأنه متصل بما تجب به الشفعة ؛ فوجب أن تثبت فيه الشفعة كالبناء والأبواب .

١٦٧١٥ - ولأنه نماء الشجر فتبع الأصل في الشفعة حال اتصاله كالأغصان والورق .

١٦٧١٦ - ولأنه سبب يملك به الشجر ؛ فجاز أن يملك به نمائها كالتبعية (٣) .

١٦٧١٧ - احتجوا : بما روى جابر رضي الله عنه قال : إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة

= طلة الطلعة ص ٣١٠ ، لسان العرب (٥/١) مادة أبر .

(١) المهذب للشيرازي (٣٧٧/١) ، روضة الطالبين (٦٩/٥) ، الحاوي الكبير (٢٧٠/٧ - ٢٧١) ،
حلية العلماء ٢٦٥/٥ ، مضي المختار ٢٩٧/٢ . وفي حلية العلماء : وإن يمتد الأرض مع الزرع أو الثمرة
الطافرة مع الأصل لم تؤخذ الثمرة والزرع بالشفعة ، وإن كانت الثمرة مؤجرة نقضها وجهان : أحدهما . أنها
تؤخذ مع الأصل بالشفعة والثاني : أنها لا تؤخذ ، ويقول الشافعية في الوجه الثاني قال الحاملة ؛ ففي النسي
مع الشرح الكبير (٤٦٣/٥ - ٤٦٤) الشرط الثاني : أن يكون المبيع أرضاً ، وأما غيرها فينقسم قسمين :
أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء ، والغرس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير
حلاف في المذهب . القسم الثاني : ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع ، والثمر الطافرة يباع في
الأرض ؛ فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل .

(٢) قال أبو عيسى : هذا حديث لا تعرف مثله إلا من حديث أبي حمزة السعدي وقد روى غير واحد عن
عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا وهذا أصح . انظر الجامع الصحيح كتاب الأحكام
باب ما جاء أن الشريك شفع (٦٤٥/٣) رقم ١٣٧١ . والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٩/٦) كتاب
الشفعة باب لا شفعة فيما ينقل ويحول بنفس الإنسان . والطبراني في معجمه (١٢٣/١١) رقم ١٢٤٤
والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٥/٤) كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار . ط مطبعة أنوار المحمدية
بالقاهرة . ركز الصال (٧/٧) رقم ١٧٧٠٣ عن ابن عباس .

(٣) انظر تبين الحقائق (٢٥١/٥) وبدائع الصنائع (٢٨/٥) . يقول الكاساني والقياس أن لا يؤخذ البناء
والغرس والزرع والثمر بالشفعة ، وجه القياس : أن الشفع إنما يملك ما يشتل له فيه حق الشفعة ، وأنه يشتل
في العقار لا في المنقول ، وهذه الأشياء منقولة فلم تثبت فيها الحق ، فلا تملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر
لأنهما مبيعان مقصودان ، لا يدرخلان في العقد من غير تسمية فلم تثبت الحق فيهما لا أصلاً ولا تبعاً .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو عبد الله جابر بن عبد الله بن عمرو الحنظلي السلمي ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن
أبي بكر وعمر وعلي وأبي عبيدة وطلحة ومعاذ بن جبل وعمار بن ياسر وحالد بن الوليد وأبي قتادة وأبي هريرة
ومجموعهم من الصحابة . وروى عنه أولاده عبد الرحمن وعقيل ومحمد ، وصيه بن النسيب ومحمد بن الشكفر
والحسن البصري وصيه بن هلال والشعي وعطاء بن أبي رباح وعروة بن الربيع وعلق كثير . اختلف في سنة

- فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ^(١) .
- ١٦٧١٨ - [قالنا ^(٢)]: وقد يقتضي وجوب الشعفة فيما يقع فيه الحدود ولا ينفي غيره .
- ١٦٧١٩ - لأن قوله إنما يفيد التأكيد ولا ينفي غير المذكور ^(٣) ؛ قال الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَنْتَرَى الْكَذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِمَا يَأْتِيهِمْ مِنَ اللَّهِ ﴾ ^(٤) . ولم يدل ذلك على أن غير الكافرين لا يفترون .
- ١٦٧٢٠ - قالوا : كل ما لا يدخل مع الأرض بإطلاق البيع لا يجب فيه الشعفة كالتياب والمناخ والبحر ^(٥) الذي في الأرض ^(٦) .
- ١٦٧٢١ - قلنا : يطل بالطريق الخارج من الحدود والشرب ، والمعنى في الأصل : أنه مفصل عما تعلق به الشعفة وليس كذلك الثمرة ؛ لأنه متصل بما قامت به فتبعها ^(٧) في الشعفة .

= وفاته ، قال أبو سعيد والهيثم : مات سنة ٧٣هـ وقيل : مات سنة ٧٧هـ . وقيل : مات سنة ٩٤هـ ، وصلى عنه أبان بن عثمان ، وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة ، يقال إنه عاش ٩٤ سنة . تهذيب التهذيب (٣٧/٢ - ٣٨) ، الإصابة (٢١٣/١) ، تهذيب الكمال (٢٩٢/١) رقم ٢٩٠ ، أسد الغابة (٣٠٧/١) رقم ٦٤٧ (١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٢/٦) كتاب الشعفة ، باب الشعفة فيما لم يقسم ، عن الزهري وعن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله وأخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٥/٣ - ٥٦) انظر هذا الدليل في لفتي مع الشرح الكبير (٤٦٥/٥) .

- (٢) « قالوا » في جميع النسخ . وقد أبدلناها إلى (قلنا) بدلًا عن قالوا في جواب دليل انفعال .
- (٣) قال ابن عطية : (إنما) لفظ لا تمارقه المبالغة والتأكيد حيث وقع ، ويصلح مع ذلك للحصر إذ دخلت في قصة ساعدت عليه فجعل وروده للحصر محاذًا يحتاج إلى قرينة . ولكن أصل ورودها للحصر ، لكن قد يكون في شيء مخصص ، كقوله تعالى في سورة النساء ﴿ يَمَّا أَفْتَىٰ اللَّهُ إِلَهَ رَبِّكَ ﴾ من الآية رقم ١٧١ فإنه سبق باعتبار مكروي الوحدانية ، وإلا فله سبحانه صفات أخرى كالعلم والقدرة . وكقوله تعالى في سورة النازعات الآية ٤٥ ﴿ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ مَّن يَهْتَكِرْ ﴾ فإنه سبق باعتبار مكروي الرسالة ، وإلا فله صفات أخرى كالإشارة إلى غير ذلك من الأسماء التي مع إقْدانها للحصر مطلقًا ، فتح البري (١٤/١) .
- (٤) وتكملتها : ﴿ وَأَرْسَلْنَاكَ مُمَّا كَتَبْنَاكَ ﴾ من سورة البحل من الآية ١٠٥ انظر تفسير الآية في تفسير لشري (١٨٠/١٤) ، تفسير الكشف للزمخشري (٤٢٩/٢) ، تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٨٨٧/٢) .
- (٥) هكذا في (س) ، (ع) أما في (م) « الثفر » والصواب ما أثبتناه من (ن) « والبحر لمة : جمع ليرة وهو رجيع الخف والظلف من الإبل والشاة وقر الوحش والضياء إلا البقر الأهلية فإنها تخني وهو حبها ورأس نهر أيضًا » . انظر لسان العرب (٣١٢/١) مادة بحر والمصباح المير (٧٤/١) .

- (٦) انظر هذا الدليل في والمضي مع الشرح الكبير (٤٦٤/٥) .
- (٧) في (ن) « () معنا » . والصواب ما أثبتناه من النسخ الثلاثة .



المجوار سبب الشفعة

- ١٦٧٢٢ - قال أصحابنا : الشفعة واجبة للمجار بالمجوار ^(١) .
- ١٦٧٢٣ - وقال الشافعي رحمته الله : لا شفعة للمجار ^(٢) .
- ١٦٧٢٤ - لنا : ما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « جار الدار أحق بشفعة الدار والأرض » ^(٣) .
- ١٦٧٢٥ - وذكر أبو داود « جار الدار أحق بدار الجار والأرض » ^(٤) .
- ١٦٧٢٦ - فإن قيل : لم يسمع الحسن من سمرة إلا حديث الهدي ^(٥) .
- ١٦٧٢٧ - قلنا : أكثر الأحوال أن يكون مرسلًا والمرسل عندنا مقبول ^(٦) على أن
-
- (١) الهداية (٢٤/٤) ، تبين الحقائق (٢٣٩/٥) ، البناء على الهداية (٤٥١/٨) ، بدائع الصالح (٤/٥) ، السمع (٩١/١٤) .
- (٢) المهذب (٣٧٧/١) ، حلية العلماء (٢٦٦/٥) ، المجاور الكبير (٢٢٦/٧ - ٢٢٧) ويقول الشافعية قال المالكية والمالكية في أحد الوجهين . كتاب الكافي ٨٥٢/٢ ، بداية المجتهد ٢٥٦ ، التفرغ (٢٩٩/٢) ، انعي مع الشرح الكبير (٤٦١/٥) ، المبدع (٢٠٦/٥) ، الإنصاف (٢٥٨/٦) .
- (٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦/٢) رقم ٣٥١٧ كتاب البيوع ، باب الشفعة ، الترمذي (٦٤١/٣) رقم ١٣٦٨ بلفظ : « جار الدار أحق بالدار » وقال : حديث حمزة صحيح ، والإمام أحمد في مسنده (١٨/٥) ، ونصب الرامة ببناء أمين صالح شعبان (٤١٨/٥ - ٤١٩) . ط دار الحديث ، وكذا الصالح (٦/٧) رقم ١٧٦٩٩ .
- (٤) انظر سنن أبي داود (٢٨٦/٣) رقم ٣٥١٧ كتاب البيوع باب الشفعة .
- (٥) انظر المجاور الكبير (٢٣٠/٧) والمشي مع الشرح الكبير (٤٦٣/٥) قال ابن قدامة : « وبقي الأحاديث في أسانيدنا مقال ، فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة ، قال أصحاب الحديث » تهذيب التهذيب (٢٣٤/٢) . وقال الصنعاني : للحفاظ في سماعه منه ثلاثة مناهج : الأول : أنه سمع منه مطلقاً ، وهو مذهب عيسى بن المديني والبحاري والترمذي . والثاني : أنه لم يسمع منه مطلقاً ، وهو مذهب السامي . وعنه ابن عساکر ، وادعي عبد الحق أنه الصحيح . انظر سبل السلام شرح بلوغ المرام (٨٩٨/٣) .
- (٦) قال ابن المديني : إن مراسلات الحسن إذا رواها عنه الثقات صحاح . والمرسل هو : ترك التابعي ذكر الواسطة بينه وبين رسول الله ﷺ : كقول سعيد بن المسيب قال رسول الله ﷺ ، فلو سقط واحد قبل التابعي كقول الزاوي عن ابن المسيب قال رسول الله ﷺ ، فهو منقطع ، وإن سقط أكثر سمي معصلاً ، هذه طريقة جمهور الحديثين . وعبد الأصوليين : المرسل قول من لم يلق النبي ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ ، سواء =

أصحاب الحديث أخرجوا للحسن عن سمرة في المسند^(١) فلم يصح هذا الاعتراض ،
١٦٧٢٨ - قالوا : لم يذكر في هذا الخبر أحق بأي حكم^(٢) .

١٦٧٢٩ قلنا : ذكره أبو بكر الرازي في الشرح^(٣) : أحق بشفعة الدار ، ولم يذكر فيه احتمالاً ، لأنه لا حق يثبت للجبار في دار غيره على طريق الوجوب إلا الشفعة .

١٦٧٣٠ - ويدل عليه حديث عبد الملك بن أبي سليمان^(٤) عن عطاء بن أبي رباح عن جابر رضي الله عنه قال : قال : رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعة جاره وإن كان غائباً انتظر إذا كان طريقهما واحداً »^(٥) . وهذا يدل على وجوب الشفعة بالطريق والجوار .

= التابى أو تابع التابعي فسد منه . ثم اختلف الأصوليون في حجية الحديث المرسل على مذاهب : الأول ذهب الجمهور ومنهم الإمام أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد في إحدى الروايتين إلى أنه حجة مطلقاً ، والثاني : ذهب فريق آخر ومن يذهب الشافعي إلى أنه ليس بحجة ، فخص على أنه لا يقبل إلا بأحد أمر خمسة : ١ - أن يسند خبره ٢ - أن يرسله آخر ويعلم أن شيوخهما مختلفان ٣ - أن يعضده قول الصحابي ٤ - أن يعضده قول أكثر أهل العلم ٥ - أن يعلم من حاله أنه لا يرسل إلا بروايته عن عدل ، واعتاده ابن الحاجب . وإن كان الرازي من أئمة نقل الحديث قبل ، إلا فلا كارسال ابن المسيب والشمسي ولزاعم النخعي . انظر : الرسالة للشافعي ص ١٩٨ - ١٩٩ ، البحر المحيط (٣٣٨/٦) ، تيسير التحرير (١٠٢/٣) ، المسردة ص ١٠٢ ، مختصر المتقى (٧٤/٢) ، كشف الأسرار ٣٢ ص ٤٢ .

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل (١٨/٥) .

(٢) الحارثي (٢٣٠/٧) قال للماوردي وهو في صدد الجواب على أدلة الخفية : أما الجواب عن قوله : الجار أحق بصفته ، فمن وجهين ١ - أنه أيهم الحق فلم يصرح به ، فلم يجوز أن يحمل على العموم لأن العموم مستعمل في المطلق ، دون المضمحل . ٢ - أنه محمول على أنه أحق بالبقاء .

(٣) هذه الكلمة غير واضحة في جميع النسخ إلا أنه يفهم منها الشرح والمعاد به شرح مختصر الكرخي للإمام أبي بكر أحمد بن علي الحصاص أو شرح مختصر الطحاوي أو شرح الجامع الكبير محمد بن الحسن .

(٤) هو عبد الله بن أبي سليمان واسمه مسرة أبو محمد ويقال أبو سليمان الغزوي الكوفي . مولي فزارة مؤيد الأئمة ، روى عن أنس بن مالك وعطاء بن أبي رباح وسعيد بن جبير وأنس بن سيرين وغيرهم وروى عنه شعبة والثوري وابن المبارك ويحيى القطان وغيرهم . قال أبو زرعة اللبشقي : سمعت أسد ويحيى يقولان عبد الملك بن أبي سليمان ثقة . توفي سنة ١٤٥ هـ . انظر التاريخ الكبير (٤١٧/٥) ، تاريخ بغداد (٣٩٢/١٠) تهذيب التهذيب (٣٥٢/٦ - ٣٥٣) ، تهذيب الكمال (٣٢٢/٨ - ٣٢٣) .

(٥) أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح (٦٤٢/٣) رقم ١٣٦٩ وقال أبو عيسى : هذا حديث عربي ولا أعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر ، ورواه أبو داود في سننه (١٨١/٣) رقم ٣٥١٨ ، ابن ماجه في سننه (٨٣٣/٢) كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، والدرسي في مسند البزيع (٢٧٧/٢) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣٠٣/٣) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٠/٤) . قال صاحب بلوغ ابرام : رواه أحمد والأربعة ورجالهم ثقات ، قال الصماني : أحسن المصنف بتوثيق رجاله وعدم

١٦٧٣٩ - فإن قيل : عبد الملك العزمي تكلم فيه أصحاب الحديث ^(١) وتوقف عنه شعبة ^(٢) ، قال يحيى بن سعيد القطان ^(٣) : لو روى عبد الملك حديثاً آخر مثل حديث الشفعة تركت الرواية عنه ^(٤) .

١٦٧٣٢ - قلنا : وثقه سفيان الثوري ^(٥) وأحمد بن حنبل وأخرج في

= إعلانه ، وإلا فإنهم قد تكلموا في هذه الرواية ، فإنه انفرد بزيادة قوله : إذ كان طريقهما واحداً مع عبد الملك بن أبي سليمان العزمي ، قست : عبد الملك ثقة مأمون لا يضره إفراده ، كما عرف في الأصول وعلوم الحديث ، قال ابن قيم الجوزية : هذا حديث صحيح فلا يرد . ويجب على اعتراض الترمذي في كلام شعبة في عبد الملك : أن عبد الملك هذا حافظ ثقة صدوق ولم يتعرض له أحد بجرح البينة ، وأئسي عليه أئمة زمانه ومن بعدهم . وإنما أنكر عليه من أنكر هذا الحديث ظناً منهم أنه مخالف لرواية الزهري عن أبي سلمة عن جابر عن النبي ﷺ الشفعة فيما لم يسم . إلخ . فقال ابن القيم : إن حديث عبد الملك عن جابر لا يناقض حديث أبي سلمة عنه بل مفهومه يوافق مسطرقة وسائر أحاديث جابر يصدق بعضها بعضاً . وذكر ابن حجر أنه قول الترمذي : سمعت محمد البخاري يقول : كلا الحديثين عندي صحيح كما صححه الإمام ابن حزم في المحلى . انظر سبل السلام (٩١٢/٣ - ٩١٣) ، وضع البخاري على صحيح البخاري (٣٤٢/٥) وأعلام الموقعين لابن قيم الجوزية (١٤٤/٢ - ١٤٥) والمحلى لابن حزم الأندلسي (١٠٤/٩) .

(١) في (ع) ، (م) : [أصحاب الشافعي] .

(٢) هو شعبة بن الحجاج بن الورد العنكي الأزدي البصري ولد سنة ٨٨٢هـ وتوفي سنة ١٦٠هـ وله ٧٧ سنة وكان من سادات أهل زمانه حفظاً وإتقاناً وورعاً وفضلاً . روى عن خلق كثير ، وروى عنه أيضاً خلق كثير ، قال يحيى القطان : ما رأيت أحداً قط أحسن حديثاً من شعبة . انظر تهذيب التهذيب (٢٩٧/٤ - ٣٠٢) ، تهذيب الكمال (٤٧٩/١٢ - ٤٩٥) .

(٣) هو إسحاق أبو سعيد يحيى بن سعيد بن فروخ القطان التميمي المصري الأحول . روى عن سليمان التميمي وشمام بن عروة وعكرمة بن عمار وابن جريج والأوزاعي ومالك وشعبة وسفيان الثوري وسليمان بن عيسى وعمرهم ، وروى عنه ابنه محمد ، وحفيده أحمد بن محمد يحيى بن معين وابن أبي شيبة وأبو خيثمة وعبد الرحمن بن مهدي وخلق كثير . ولد في أول سنة ١٢٠هـ ومات سنة ١٩٨هـ ، كان من سادات أهل زمانه حفظاً وورعاً وفهماً وعلماً ، وهو الذي مهد لأهل العراق رسم الحديث وأمعن في البحث عن الثقات وترك الشذوذ . انظر المبر (٢٥٥/١) ، البداية والنهاية (٢٤٤/١٠) ، تهذيب التهذيب (١٩٠/١١ - ١٩٣) .

(٤) انظر هذه البشارة للذكورة في تاريخ بغداد (٣٩٥/١٠) والسنن الكبرى (١٠٧/٦) والخوارزمي الكبير (٢٣٠/٧) . قال الخطيب البغدادي : سئل أبو زكريا يحيى بن معين عن حديث عطاء عن جابر عن النبي ﷺ في الشفعة قل : هذا حديث لم يحدث به أحد ، فقد أنكره عليه الناس ولكن عبد الملك ثقة صدوق لا يرد على مثله . قلت له : تكلم شعبة به ؟ قال : سم . قال شعبة : لو جاء عبد الملك بأخر مثل هذا الحديث لمرته به حديثه .

(٥) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي روى عن أبيه وأبي إسحاق الشافعي وحسام ابن أبي سليمان ومعاوية بن دثار وغيرهم ، وروى عنه شعبة وابن معين وأبي عاصم وعمرهم ، وهو أmeer

الصحيح^(١) عنه مسلم بن الحجاج ، وإنما تكلّموا في عمه محمد بن عبد الله الغزني^(٢) ذكره ابن مروان^(٣) ، وقال سفيان : هو حافظ ثقة^(٤) ، وإنما هو مذنب يحيى^(٥) وشعبة ألا يقبلا ما انفرد الواحد حتى يرويه عنه فتوقفا في هذا الخبر لانفراده به ، مع روايتهما عنه وشهادتهما بحفظه ، ومتى قدحا بعمه فاسدة عند الفقهاء ، لم يلتفت إلى قدحهما ، ولو أمسقتنا ما انفرد به الواحد سقط أكثر أحاديث الثقة .
١٩٧٣٣ - قالوا : فأنتم لا تقولون بالخبر ؛ لأن الجار يجب له الشفعة إذا كان غائبا ،

= الموثق في الحديث ، ولد سنة ٩٧ هـ وتوفي بالبصرة سنة ١٦٦ هـ له من الكتب : كتاب الجامع الكبير ، وكتاب الجامع الصغير وكتاب الفرائض وغيرها . تهذيب التهذيب (٩٩/٤ - ١٠٢) ، الفهرست ص ٣١٤ ، تهذيب الكمال (٣٢٨/١٨) . قال يعقوب بن سفيان : حدثنا أبو نعيم قال حدثنا سفيان أن عبد الملك بن أبي سليمان المرزبي ثقة متقن قبه ، وقال في موضع آخر : عبد الملك بن أبي سليمان قراري ثقة بل هو من حفاظ الناس عند سفيان الثوري . انظر سير أعلام النبلاء (١٠٧/٦) ، تهذيب الكمال (٣٢٨/١٨) .
(١) انظر كتاب رجال صحيح مسلم لأبي بكر بن محبوب (٤٣٥/١) .
(٢) هو أبو عبد الرحمن محمد بن عبيد الله بن أبي سليمان القراري الكوفي المرزبي ابن أخ عبد الملك بن أبي سليمان . روى عن عطاء بن أبي رباح وعطية العوفي ومكحول وتابع وغيرهم . وروى عنه ابن عبد الرحمن وشعبة والثوري وشريك وأبو الأحوص وغيرهم . قال عبد الله بن أحمد عن أبيه : ترك الناس حديثه ، وقال ابن معين : ليس بشيء ولا يكتب حديثه ، قال وكيع : كان المرزبي رجلاً صالحاً ذهبت عنه ، فكان يحدث للحفظ نعم ذلك أتى بالمأكبر . وقال الدارقطني : هو ضعيف الحديث ، قال الخطيب : أساء شعبة في اختياره لحمد وتركه عبد الملك ؛ لأن محمد بن عبيد الله لم يختلف أئمة الحديث في ذهاب حديثه وسقوط روايته ، توفي في خلافة أبي جعفر المنصور ، كآته مات سنة ١٥٥ هـ . تهذيب التهذيب ٢٨٧/٩ وتهذيب انكمال (٤١/٢٦ - ٤٤) ميزان الاعتدال في نقد الرجال (٢٣٥/٣ - ٢٣٧) والتاريخ الكبير (١٧١/١)
بالأحظ وما قاله الإمام القُدوري محل نظر ؛ لأن الذي تكلّموا فيه هو محمد بن عبيد الله ابن أخ عبد الملك وليس عمه كما ذكر الإمام القُدوري في تجريد .

(٣) هو الإمام الحافظ أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمن بن عبد الملك القرشي المعروف بابن مروان ، سمع من ربيع المرادي ومحمد بن عبد الحكم ويونس بن عبد الأعلم وغيرهم ، وحدث عنه خلق كثير ، ومات في رجب سنة ٣١٩ هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٦٢/١٥) مختصر تاريخ دمشق (٧٥/٤) وتذكرة الحفاظ (٨٠٥/٣) والمعر (٤/٢) ، شذرات الذهب (٢٨١/٢) .

(٤) روى عبد الله بن مبارك عن سفيان الثوري قال : حافظ الناس إسماعيل بن أبي خالد وعبد الملك بن أبي سليمان ويحيى بن سعيد الأنصاري . انظر سير أعلام النبلاء (١٠٧/٦) .

(٥) صم شعبة في عبد الملك بسبب هذا الحديث إليه لا يتقدح فيه فإنه ثقة ، وشعبة لم يكن من المذوق في الفقه فيجس بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها ، وإنما كان حافظاً ، وغير شعبة إنما طعن فيه بتكا لشعبة ، وفي احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه واستشهد به البخاري . النهاية على الهداية (٤٥٥/٨) .

وان لم يكن طريقهما واحداً ؟ .

١٦٧٣٤ - قلنا : تعليق الحكم بالشرط لا يدل على نفى ما عداه ، وبهذا ورد القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْفُرُوا فَيَكْفُرَكُمْ عَلَىٰ أَلْسِنَةٍ لَّنَّ آتَيْنَا بِهَا بَيِّنَاتٌ لِّأَنَّ الْيَهُودَ كَفَرُوا ﴾ (١) .

١٦٧٣٥ - ويدل عليه ما روى [أبو] رافع بن خديج (٢) رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال :
المجار أحق بصبقه ما كان (٣) وروى عمرو بن شريك (٤)

(١) سورة البور : الآية ٣٣ .

(٢) في جميع النسخ : رافع بن خديج ، والصواب أنه أبو رافع كما جاء في كتب السنة . وترجمة رافع بن خديج أنه هو رافع بن خديج الأنصاري الأوسي الصبحي الحليل ، كان عريف قومه بمدينة وشهد أسداً والمتحدث وله ٧٨ حديثاً ، توفي بالمدينة متأثراً من جراحة له سنة ٧٤ هـ . انظر الإصابة (٤٣٦/٢) والاستيعاب (٤٧٩/١) والأعلام (١٢/٣) وشذرات الذهب (٨٢/١) . أما أبو رافع : فهو أبو رافع القطبي مولى رسول الله ﷺ يقال اسمه إبراهيم : قيل : كان مولى العباس بن عبد المطلب فوجهه للنبي ﷺ فأعفته ما بشر بإسلام العباس بن عبد المطلب ، كان إسلامه قبل بدر ولم يشهدها ، وشهد أحدًا وما بعدها ، روى عن النبي ﷺ وعن عبد الله بن مسعود . وروى عنه أولاده رافع والحسن وعبيد الله والمغيرة وأحفاده الحسن وصالح وعبيد الله وعطاء ابن يسار وعمرو بن شريد وآخرون قال الواقدي : مات أبو رافع بمدينة قبل عثمان يسير أو بعده ، وقال ابن حبان : مات في خلافة علي بن أبي طالب وهو الصواب . انظر الإصابة (١٣٤/٧ - ١٣٥) ط دار النهضة ، أسد الغابة (١٠٦/٦ - ١٠٧) .

(٣) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم ، وإذا وقعت الحدود فلا شفعة (١١٥/٣) وروى أبو داود في سننه (٢٨٦/٣) رقم ٣٥١٦ كتاب البيوع باب الشفعة عن عمرو بن شريد عن أبي رافع وأخرجه الدارقطني في سننه : كتاب الأقضية والأحكام (٢٢٢/٤ - ٢٢٣) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٥/٦) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣٨٩/٥) وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب البيوع والأقضية (١٦٤/٧ - ١٦٥) رقم ٢٧٦١ وأبو يوسف في كتاب الآثار عن أبي رافع ص ١٦٧ رقم ٧٦٧ والإمام أبو حنيفة في مسنده برواية الإمام الحسكفي ص ٢٦ كتاب الشفعة ط المطبعة النموذجية . السبب بالسبب والصادق في الأصل القرب يقال : سبقت الدار وأصبحت إذا قربت . انظر لسان العرب (٢٠٣٦/٢) مادة سبق ، وانظر هذا الدليل في المبسوط (٩٠/١٤ - ٩١) وتبيين الحقائق (٢٣٨/٥) ، قال السرخسي : روي هذا الحديث بالسبب والمراد القرب بالصادق ، والمراد الأخذ والانتزاع يعني لما جعله الشرع أحق بالأخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض قبل البيع أيضاً . وهو دليل لنا أن الشفعة تستحق بالمجوار ؛ لأنه ذكر لسبباً مشتقاً من معنى ، والحكم متى عبق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب لحكم خصوصاً إذا كان مؤثراً فيه ، كما في قوله تعالى : ﴿ وَالْكَافِرُ وَالكَافِرَةُ قَاتِلَتُهُمَا لِيَذِرَ سَبَاطًا ﴾ من الآية ٣٨ سورة المائدة .

(٤) هكذا في جميع النسخ ، والصواب هو عمرو بن شريد بالدال المهملة . كما ذكر في كتب الأحاديث وهو أبو الوليد عمرو بن الشريد من سويد الثقفي الطائفي ، روى عن أبيه شريد وأبي رافع مولى النبي ﷺ وصالح بن دينار وغيرهم . قال المجلي : تابعي لغة . انظر كتاب التاريخ الكبير (٣٤٣/٦) وتهذيب الكمال =

عن أبيه شريك^(١) أن النبي ﷺ قال : « الجار أحق بسبقه » .
 ١٦٧٣٦ - قيل : يا رسول الله ما سبقه ؟ قال : « شفيعه »^(٢) .
 ١٦٧٣٧ - وروى ابن^(٣) عمرو بن شعيب عن عمرو بن شريك^(٤) عن أبيه قال
 قلت : يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسمة ، غير أن حذارنا واحد يفت
 فقال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بسبقه »^(٥) .
 ١٦٧٣٨ - قالوا : حق مجمل لأنه لم يبين الحكم الذي هو أحق ، فيجمل أحق
 بالعرض عليه^(٦) .

١٦٧٣٩ - قلنا : هذا قد بينه شريك^(٧) في خبره حتى قيل : يا رسول الله ما سبقه ،
 قال : « شفيعه » . فهذا يدل على أن الحكم المذكور هو الشفاعة [لا العرض]^(٨) على
 أن « أحق » تقتضي الوجوب ، والعرض مستحب ، ونحن نستعمله على ظاهره في
 الوجوب ، وعلى أنه عليه الصلاة والسلام أحق بما قرب منه ، وعندهم أحق بعرض ما

= (٦٣/٢٢ - ٦٤) تهذيب التهذيب (٤٣/٨) وتاريخ الثقات للعجلي (٤٣/٨) .
 (١) هكذا في جميع النسخ ، والصواب عن أبيه الشريد كما تقدم . وهو الشريد بن سويد الثقفي له صحبة . روى
 عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه عمرو وعمرو بن نافع الثقفي الطائفي وغيرهما ومات في خلافة يزيد بن معاوية سنة
 ٦٨ هـ قال أبو نعيم : أراده النبي ﷺ ورائه ، وقيل اسمه مالك وفد على النبي ﷺ فسماه الشريد وشهد معه
 الرصان ، قال البغوي سكن الطائف والمدينة وله أحاديث . انظر تهذيب الكمال (٤٥٨/١٢ - ٤٥٩) وتهذيب
 التهذيب (٢٩٢/٤) والإصابة (٤٤٠/٣ - ٤٤١) والتاريخ الكبير (٢٥٩/٤) والاستيعاب (٧٠٨/٢) .
 (٢) أخرجه النسائي في سننه كتاب الشفاعة عن عمرو بن شريك عن أبي رافع قال : قال رسول الله ﷺ
 « الجار أحق بسبقه » أن رجلاً قال : يا رسول الله ، أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا للجار ، فقال
 رسول الله ﷺ : « الجار أحق بسبقه » . انظر سنن النسائي (٣٢٠/٧) رقم ٤٧٠٢ - ٤٧٠٣ ونصب الرتبة
 في أحاديث الهداية (٤٢١/٥) .

(٣) هكذا في جميع النسخ الثلاثة والصواب عن لأن الرازي هو عمرو بن شعيب وليس ابن عمرو بن شعيب
 كما في (٥) .

(٤) هكذا في جميع النسخ ، والصواب أن يكون (الشريد) كما تقدم .
 (٥) انظر سنن النسائي كتاب الشفاعة وأحكامها (٣٢٠/٧) فقد روي أن أبا رافع كان جازاً لسد برمي
 وقاص ولم يكن شريكاً له ؛ لأنه كان يملك شقصاً شقصاً من بئر سد . انظر سبل السلام (٩١٢/٣) .
 فتح الباري (٣٤٤/٥) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٢٣٠/٧) .
 (٧) هكذا في جميع النسخ والصواب الشريد كما تقدم .
 (٨) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن)

قرب منه ، ومتى استعمل اللفظ بغير حذف ^(١) كان أولى .

١٦٧٤ - قالوا : الحار يُعبر به عن الشريك والحادث والناصر والحليف والروحة [لاشتراكهما في العقد ، الدليل عليه أن : حمل بن مالك ^(٢) قال : كنت ^(٣) بين [جارتين] ^(٤) يعني زوجتين ^(٥) قال : الأعشى ^(٦) : يا جارتني بيني فأنك طالق ^(٧) .
١٦٧٤١ - قلنا : هذا غلط ، لأن في الحديث ما يمنع منه ، وهو قوله : أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم غير أن جدارنا ، وهذا خاص في الجار ، ثم هو غلط في النعة ، قال ابن درسته ^(٨) .

١٦٧٤٢ - وهذا ظاهر العصبية للشافعي ، والجار من جاورك في المسجد ومن

(١) في (ع) ، (م) : [حدث] .

(٢) هو حمل بن مالك بن النابغة الهذلي أبو فضلة ، له صبيحة ، روى عن النبي ﷺ في قصة الحين ، وليس له عتدهم غيره ، وروى عنه عبد الله بن عباس ، وذكر أبو ذر الهروي في مستدركه أن عمر بن الخطاب روي عنه أيضًا ، نزل البصرة وله بها دار ، وعاش إلى خلافة عمر - قيل : إنه قتل في عهد النبي ﷺ ، وقال ابن حجر : إنه من الأوهام - انظر التاريخ الكبير (١٠٨/٣) وتهذيب الكمال (٣٤٩/٧) وتهذيب التهذيب (٣٢/٣) والمندخل إلى السنن الكبرى للبيهقي ص ٩٣ ط دار الخلفاء للكتب الإسلامي .
(٣ ، ٤) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) روى عن ابن عباس عن عمر أنه سأل عن قضية النبي ﷺ في ذلك فقام حمل بن مالك بن نابغة فقال : كنت بين امرأتين فضربت إحدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنتها ، ففضي رسول الله ﷺ في جنبها بغرة وأن تقتل - أخرجه أبو داود في سننه كتاب اللديات باب دية الحمين (١٩١/٤) رقم ٤٥٧٢ .

(٦) هو الأعشى الأكبر ، كنيته أبو بصير اسمه ميمون بن قيس بن جندل الأسدي اليماني المعروف بالأعشى الأكبر من شعراء الجاهلية ، وأحد أصحاب المعلقات ولد في قرية باليمامة ، أدرك الإسلام ولم يسلم ، وعصي في آخر عمره .
تولي سنة ٧ من الهجرة له ديوان شعر مشهور - انظر هدية العارفين (٤٨٧/٦) ، معجم المؤلفين (٦٥/١٣) .

(٧) انظر هذا الحديث في ديوان الأعشى من بحر الكامل يخاطب زوجته بعد ما طلقها فقال :
يا جارتني سبي فأنك طالق
كذلك أسور الناس غدا وطرفة
سبي فأنك البين عسير من العصا
ولا تنزل فسوق رأسك بمرقة

انظر ديوان الأعشى ص ١١٧ ط دار الكتب العلمية بيروت . انظر هذا الاعتراض في الحاوي الكبير (٢٣١/٧) .
(٨) هو أبو محمد عبد الله بن جعفر بن درسته المزيان الفارسي النحوي ، كان شديد الانصراف للبصريين ، ولد سنة ٢٥٨ هـ وتوفي سنة ٣٤٧ هـ مؤلفاته : كتاب الإرشاد في النحو ، وشرح كتاب الجرسي ، وكتب الجهاد ، وتصحيح الفصح ، وعرب الحديث ، وأدب الكاتب ، والمذكر والمؤنت ، والمقصود والمسدود ، والتماني في القراءات . انظر بنية الموعظة (٣٦/٢) والبداية والنهاية (٢٣٣/١١) وشعرات الذهب (٢٧٥/٢) وسر اعلام النبلاء (٥٣١/١٥) تاريخ بغداد (٤٢٨/٩ - ٤٢٩) الفهرست ص ٩٣ - ٩٤ .

استشارك في الأمر ، ومن هذا قيل للزوجة جارة ، لأنها تجاوز زوجها في البيت (١) كما قال الأعشى :

• يا جارتني بنيني فإنك طائق •

١٦٧٤٣ - وزعم الشافعي أن الجار هو الشريك ، واحتج بهذا البيت (٢) وهو غلط منه ، والعرب لا تسمي الشريك (٣) جارا، إلا إذا جاور في المنزل أو استجار ، وزوجة الرجل لا تكون جارة إلا إذا ساكنته ببلده أو قرينته أو داره ، فسقط بهذا ما ادعوه على أن أكثر ما في هذا الباب أن اسم الجار يتناول الشريك والجار .

١٦٧٤٤ - والخبر يقتضي وجوب الشفعة لهما ، ومدعي التخصيص يحتاج إلى دلالة .

١٦٧٤٥ - ويدل عليه حديث أبي سعيد الخدري (٤) رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره» (٥) .

١٦٧٤٦ - وهذا يدل على أن الشفعة تجب لغير الخليط ، وذكره محمد في الأصل .

١٦٧٤٧ - وقولهم [لمضله] (٦) متناقض ؛ لأن الخليط شفيع ، فكيف تقول الخليط أحق من الشفيع ؟

١٦٧٤٨ - قلنا : [تقديره : أن] (٧) الخليط أحق من الشفيع الذي لأجله يشت له ، ولا يرد كلام رسول الله ﷺ إذا أمكن حمله على الصحة .

(١) انظر لسان العرب (٧٢٢/١ - ٧٢٣) والصاح للمير (١٥٧/١ - ١٥٨) .

(٢) انظر المحاربي الكبير (٢٣١/٧) . (٣) في (ع) ، (م) ، (ن) : [التصحيح] .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة الخدري اصغر بأحد واسمه أبوه فيها وغزا ما بعدها من المشاهد ، وروى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم ، وروى عنه ابن عباس وأبو عمر وجابر وغيرهم ، له ١٧٠ حديثا وأول مشاعده الخندق . توفي يوم الجمعة سنة ٥٧هـ . ودفن بالبقيع . انظر الإصابة (٥٣/٢) وأسد النابه (٢١٣/٢) والاسم (١٠٢/٢) .

(٥) انظر نصيب الزاية مع الهداية بصاية آيين صالح شعبان (٤٢٣/٥) قال الربيعي : حديث غريب وقال : إن حديثه لا يعرف ، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور عن عبد الله بن المبارك عن هشام بن الصيرفي عن قال : قال الشعبي : قال رسول الله ﷺ : «الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الحب » وفي مصنف

عبد البرزاق (٧٨/٨) رقم ١٤٣٨ قال : أخبرنا عمر عن أيوب عن الشعبي وابن سيرين عن شريح قال : الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من سواء ، وكذلك روى ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٧/٧) عن معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح برقم ٢٧٦٧ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٦٦/٢)

(٦) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) وفي (ص) : [لمضله] والصواب ما أتته كما في (ن)

(٧) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

- ١٦٧٤٩ - ويدل عليه أنه سبب يملك به الثمن ، فلا يختص بالمبتاع ^(١) ، وجاز أن يملك به ابتداء ، ما لم يعلم فيه إشاعة ، أصله البيع .
- ١٦٧٥٠ - ولا يلزم القيمة ؛ لأنها لا تملك بها ابتداء .
- ١٦٧٥١ - فإن قالوا : نقول بموجبه إذا بيع الشقص فقسم القاضى على الشريك الغائب ثم حضر أخذ بالشفعة النصيب المقسوم .
- ١٦٧٥٢ - قلنا : قد علمنا المشاع فيما قبل القسمة ، ولأن كل سبب جاز أن يملك به بعض الدار ابتداء حاز أن يملك به جميعها أصله البيع والصلح ^(٢) .
- ١٦٧٥٣ - ولا يلزم القسمة ؛ لأنها لا يملك بها ابتداء ، ولأنه قد يملك بالقسمة جميع الدار إذا قسم الدار ^(٣) بعضه في بعض بالتراضي .
- ١٦٧٥٤ - ولأنه سبب لنقل الملك فلا يختص بالمشاع كالبيع .
- ١٦٧٥٥ - ولا يلزم القيمة ؛ لأنها لا تنقل الملك ، وإنما وضعت ^(٤) لتمييز أحد المالكين من الآخر
- ١٦٧٥٦ - ولأن الجار يستحب عرض الملك عليه عند البيع ، فوجب أن يستحق الشفعة كالشريك ^(٥) ، ولأنه يخاف التأذي على وجه الدوام ، فوجب أن يستحق الشفعة بسبب ملكه كالشريك .
- ١٦٧٥٧ - فإن قيل : إن أردتم التأذي بالباطل ، فهذا موجود في المحاذي ، وإن أردتم التأذي بالحق فذاك معنى واجب فلا نريد به التأذي بالمضاربة فيما يجوز للجار أن يسمح به ، ويجوز له أن يمنع منه ، كوضع الحشبة على الحائط والمنع من التعلية .
- ١٦٧٥٨ - فإن قيل : يبطل بالموصى له بالسكنى أبداً .

(١) في (ن) : [بالمشاع] .

(٢) الصلح لغة : من المصالحة أي المسالمة وهي خلاف الخصامة ، وقد صالح فلاناً فصالح القوم بينهم وقد اصطلسوا وصالحوا ، وقوم صلح متصالحون ، كأنهم وصفوا بالمصدر وفي الاصطلاح : عقد يرتفع به الشاجر والشارع بين الخصوم . انظر لسان العرب (٢٤٧٩/٤) مادة صلح وطلبه الطلبة ص ٢٩٤ ، لصلح لير (٤٧٢/١) . والاختيار لتتميل المختار (٢٣٨/٢) .

(٣) هي (ع) ، (م) ، (ن) : [المقار] وكلاهما صواب .

(٤) مكانا في (ع) وفي باقي النسخ وصفت والصلوب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٥) انظر ليسود (٩١/١٤) .

- ١٦٧٥٩ - قلنا : لا يخاف التأذي به على وجه الدوام ؛ لأن حقه يسقط بموته .
- ١٦٧٦٠ - ولا يلزم الهمة والخلع ، لأننا عللنا أن هذا الضرر من الضرر الذي يستحق به الشفعة ولم يتعلق بالأسباب التي ^(١) [لا] تتعلق بها .
- ١٦٧٦١ - فإن قيل : يبطل بالوقف .
- ١٦٧٦٢ - قلنا : ذكرنا أنه يستحق بسبب ملكه ، ولا ملك له .
- ١٦٧٦٣ - فإن قيل : المعنى في الشريك [أن التأذي بالشركة لا يزول إلا بالشفعة والتأذي بالحوار يرتفع بالسلطان .
- ١٦٧٦٤ - قلنا : إذا فسرنا الضرر بما حددنا لم يرتفع ذلك الضرر بالسلطان .
- ١٦٧٦٥ - فإن قيل : المعنى في الشريك [^(٢) الضرر الذي في الشركة من اشتراك الأيدي ، ودخول كل واحد منهما إلى ملك صاحبه ، وما يلزمهما من مؤنة المقاسمة في النماء والغلة والعمرة .
- ١٦٧٦٦ - قلنا : هذا تعليل لعلنا وزيادة أوصاف ولا يصح . ولأن هذه العلة تقتضي تساوي الشريك والجار في الضرر ، ولإثبات مزية في الشركة وهذا يوجب تقديم حق الشريك وأما اختصاصه مع المشاركة في الضرر فلا .
- ١٦٧٦٧ - فأما اعتبار أجره القسام فلا يصح ؛ لأن الشفعة لو وجبت لذلك لم يختص المقار .
- ١٦٧٦٨ - لأن الأجرة تلزمه في كل ملك مشترك .
- ١٦٧٦٩ - ولأن الأجرة تلزم بالمطالبة عندنا ^(٣) ؛ فلا نسلم أن من لم يطلب يستنصر . ويدل عليه أن كل شركة تفضي إلى مجاورة تتعلق بها الشفعة ، وهي الشركة في العقار ، وكل شركة لا تفضي إلى مجاورة لا تتعلق بها الشفعة .
- ١٦٧٧٠ - فدل على أن تأثير المجاورة في الشفعة ؛ فوجب أن يتعلق بها .
- ١٦٧٧١ - فإن قيل : هذا يقتضي أن يكون الجار أولى من الشريك ، لأن العلة إذا وجدت فحكمها أقوى منها قبل وجودها .

(١) هكذا في (م) وفي باقي النسخ لأسباب الذي وقد ردنا ما بين المكفوض للسائق . والصواب ما أثبتته كما في (م) .

(٢) ما بين المكفوضين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٣) انظر تبين الحقائق (٢٤٠/٥) .

١٦٧٧٢ - قلنا : لا يمتنع أن تكون المجاورة أقوى ، ويقدم غيرها ، كما أن السب أقوى في استحقاق الميراث من الزوجية على السب ^(١) .

١٦٧٧٣ - فإن قيل : إذا كانت الدار بين جماعة فكل واحد منهم شفع ، وشريكه لا ينصبي إلى المجاورة ؛ لأنها إذا قسمت حال نصيب كل واحد بين اثنين .

١٦٧٧٤ - قلنا : جواز المجاورة موجودة قبل القسمة فأثرت هذه العلة لتجوز وجودها .
١٦٧٧٥ - وهذا يدل على ما عداها .

١٦٧٧٦ - احتجوا : بما روى مالك ^(٢) عن الزهري عن سعيد بن المسيب ^(٣) وأبي سلمة ^(٤) عن رسول الله ﷺ أنه قال : « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ^(٥) .

(١) في (ع) ، (م) : [كما أن المسبب أقوى في استحقاق الميراث من الزوجية على السب] .
(٢) هو الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي نسبة إلى بطن من حمير يقال له ذو أمّح النقيع لثني إمام دار الهجرة . ولد سنة ٩٣ هـ . وسمع نافعاً والزهري وطبقتهما ، له من الكتب كتاب الوطأ ورسائله إلى الرشيد رويها أبو بكر بن عبد العزيز من ولد عمر بن الخطاب توفي سنة ١٧٩ في ١٤ ربيع الأول في خلافة هارون الرشيد ودفع بالبيع . انظر الديباج للمذهب (٦٣/١) وشذرات الذهب (٢٩٨/١) والبر (٢١٠ - ٢١١) ومروءة الجنان (٣٧٣/١ - ٣٧٤) والفهرست (٢٨١ - ٥/٨) .

(٣) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب القرشي المخرومي الناهبي الكبير . روى عن أبي بن كعب وأبى بن مالك وجابر وحسان وزيد وسعد بن أبي وقاص وصهيب وعبد الله بن عمرو بن العاص وعثمان وعلي وأبي ذر الغفاري وأبي سعيد الخدري وغيرهم ، وروى عنه خلق كثير منهم زيد بن أسلم وأبو الزناد وابنه محمد ومحمد بن شهاب الزهري ، قال الواقدي : مات سنة ٩٤ هـ . وهو ابن ٧٥ سنة . وقال أبو نعيم : مات سنة ٩٣ هـ . كان من أئمة التابعين . انظر سير أعلام النبلاء (٢١٧/٤ - ٢٤٦) وتهذيب الكمال (٦٦/١ - ٧٥) ، تهذيب التهذيب (٧٤/٤ - ٧٧) .

(٤) هو الناهبي الكبير أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري المدني قيل : اسمه عبد الله ، وقيل : اسماعيل ، وقيل : اسمه كتيبة . روى عن أسامة بن زيد وأبى بن مالك وجابر بن عبد الله وحسان بن ثابت وطلح بن عديع وزيد بن ثابت والشريد بن سويد وعبد الله ابن عباس وأبى عبد الرحمن وغيرهم . وروى عنه أبو الزناد وحمزة بن الزبير ومحمد بن مسلم بن الشهاب الزهري وغيرهم . كان ثقة صحيحاً كثير الحديث توفي سنة ٩٤ بالمدينة وهو ابن ٧٢ سنة وقيل غير ذلك في تاريخ وقاته . انظر تهذيب التهذيب (٢١٤/٤) ، لسان العرب (١١٢/١) ، البداية والنهاية (١١٦/٩) . وسير أعلام النبلاء (٢٨٧/٤ - ٢٩٢) .

(٥) روى الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف : أن رسول الله ﷺ قضى فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه . انظر لوطاً للإمام مالك (٣١٧/٢) كتاب الشفعة ، باب ما تقع فيه الشفعة ، والبخاري في الصحيح (١١٤٣) كتاب =

١٦٧٧٧ - ورواه عاصم النبيل^(١) عن مالك بسند : عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ (٢).

١٦٧٧٨ - وروى الترمذي عن أبي سلمة عن جابر قال : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة (٣).
وروى ابن جرير^(٤) عن أبي الزبير^(٥) عن جابر أنه قال : قضى رسول الله ﷺ

= الشفعة والشافعي في مسنده (١٦٤/٢) رقم ٥٧١ كتاب الشفعة والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٣/٦) كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم ، فقال : هكذا رواه مالك بن أنس في الموطأ مرسلاً ، وقد روى ذلك عنه من أوجه آخر موصولاً بذكر أبي هريرة فقال : حدثنا مالك عن الزهري عن سعد بن المسبب وأبي سلمة ابن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم » ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة . انظر أيضاً الشهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر (٣٨/٧) تحقيق عبد الله بن الصديق مؤسسة القرطبة . وانظر هذا الدليل في بداية المجتهد (٢٥٦/٢) والحارثي الكبير (٢٢٦/٧ - ٢٢٨) والمهذب (٣٧٧/١) والمختار مع الشرح الكبير (٤٦٢/٥) .

(١) هو أبو عاصم الضحاك بن محمد بن الضحاك الشيباني النبيل البصري . ولد سنة ١٢٢هـ وروى عن يزيد بن أبي عبد وجعفر الصادق وشعبة والأوزاعي وسفيان ومالك وخلق كثير ، وروى عنه البخاري وإسحاق بن راهبه وغيرهما ، قال يحيى بن معين : ثقة . وقال الصجلي : أيضاً : إنه ثقة كثير الحديث له فقه . توفي سنة ٢١٢هـ . انظر تهذيب الكمال (٢٨١/١٣) وتهذيب التهذيب (٣٩٥/٤ - ٣٩٧) وسير أعلام النبلاء (٤٨٠/٩) .
(٢) السنن الكبرى (١٠٣/٦ - ١٠٤) والتهذيب (٣٩/٧) .

(٣) الجامع الصحيح للترمذي (٦٤٤/٣) رقم ١٣٧٠ كتاب الشفعة باب ما جاء إذا حدث الحدود ووقفت الأسهم فلا شفعة . عن الزهري عن أبي سمية بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

(٤) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريح القرشي الأموي ، روى عنه أبان بن صالح البصري وإسماعيل بن محمد بن سعد بن أبي وقاص وجعفر الصادق ، وحدث عن عطاء وعن أبي حليكة ونافع وطائوس والزهري وعبد الله بن أبي يزيد ، وروى عنه الأوزاعي والليث والشفيعان ويحيى بن سعيد القطان والحسن البصري وسالم بن نوح وغيرهم . مات على الراجح سنة ١٥٠هـ وهو أول من دون العلم بمكة . عاش سبعين سنة . تهذيب الكمال (٣٣٨/١٨ - ٣٥٤) وسير أعلام النبلاء (٣٢٥/٦ - ٣٢٦) ، تهذيب التهذيب (٣٥٧/٦ - ٣٦٠) .

(٥) هو أبو الزبير محمد بن مسلم بن ندرس القرشي الأسدي المكي ، روى عن حابر بن عبد الله وسعد بن جابر وطائوس بن كيسان وعبد الله بن الربيع وعبد الله بن عمرو بن العاص وغيرهم ، وروى عنه عطاء والزهري وهشام بن عروة وشعبة والشفيعان والليث ومالك وغيرهم ، قال يحيى بن معين والنسائي وجعاف : إنه ثقة ، وقال أبو زرعة الدمشقي وأبو حاتم الرازي والبخاري : لا يحتج به ، مات سنة ١٢٨هـ . انظر تهذيب الكمال (٤٠٢/٢٦ - ٤١١) وسير أعلام النبلاء (٣٨٠/٥ - ٣٨٦) ، تهذيب التهذيب (٢٩٠/٩)

بالشفعة في كل شرك لم يقسم : ربعة ، أو حائطا لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ^(١) .

١٦٧٧٩ - قالوا : والاحتجاج بالخبر أنه ذكر الألف واللام ، وهما للعهد أو للجنس ، ولا عهد فلم يبق إلا الجنس .

١٦٧٨٠ - والثاني : دليل الخطاب ، لأن العقد مقسوم وغير مقسوم ، فإذا علق الحكم بإحدى صفتيه دل على نفي ما عداها .

١٦٧٨١ - قالوا : وآخر الخبر دليل ، لأنه قال : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وهنا يقتضي نفي الشفعة في المقسوم ^(٢) .

١٦٧٨٢ - الجواب : أما حديث مالك الذي ابتدأوا به فهو خبر الموطأ ^(٣) . ولفظه : **« قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم »** ^(٤) . وخبر جابر ذكره أبو داود وذكر فيه : **« قضى رسول الله ﷺ [(٥) وهذا يقتضي الفعل ولا عموم لفعله حتى يستدل به . وإنما بين أنه حكم بالشفعة فيما لم يقسم وحكمه بالشيء لا يدل على تخصيص الحكم بما قضى فيه . وقد يستعمل قضى بمعنى أمر ^(٦) ، لأن اللفظ إذا احتمل الأمرين يسقط**

(١) رواه الإمام مسلم في صحيحه عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر ، قال . قضى رسول الله ﷺ : إلى آخر الحديث في كتاب المساقاة باب الشفعة (١٢٢٩/٣) وأبو داود في سننه كتاب البيوع باب الشفعة (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ والإمام البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤/٦) وعبد الرزاق في مصنفه (٨٢/٨) كتاب البيوع باب الشفعة بأذن قبل البيع رقم ١٤٤٠٣ وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٨/٧) كتاب البيوع والأقصبة (٢) انظر الحاوي الكبير (٢٢٨/٧ - ٢٢٩) .

(٣) هو كتاب الموطأ للإمام مالك كتاب قدم ومشهور قصد جميع الصحيح من الأحاديث لكن لا على اصطلاح أهل الحديث ؛ لأنه يروى الرسائل ، وقد قام كثير من العلماء بشرحه وتلخيصه ، قال ابن حزم : هو كتاب في الثقة والحديث ولا أعلم نظيره . انظر كشف الظنون (١٩٠٧/٢ - ١٩٠٨) .

(٤) انظر كتاب الموطأ (٧١٣/٢) .

(٥) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) . انظر سنن أبي داود (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ - ٣٥١٤ ، وهما عن جابر بن عبد الله الأول قال : قال رسول الله ﷺ : الشفعة في كل شرك ربة أو حائط . إلخ . والثاني :

قال . إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

(٦) القضاء بأمر لعمليتين وكثيره ومنها الحكم ، والجمع أقضية ، قال الرمزي : القضاء في اللغة على وسره مرجعها إلى انقطاع الشيء وتوابعه ، وكل ما أحكم عمله أو أمم أو أتم أو أدم أو أوجب أو أضي فإن القضاء يأتي بمعنى الخلق لقوله تعالى **﴿ فَتَضَعُ حَبْلَ سَبْطِكَ فِي يَمِينِهِ ﴾** من سورة قصص من الآية ١٢ ثم حلتهم . والقضاء يأتي بمعنى العمل لقوله تعالى في سورة طه : **﴿ فَأَتَيْنَا تَارَةً فَتَابَ ﴾** الآية ٧٢ في عامل =

المتعلق به فلم يكن لهم واحد من الخبرين حجة ، لا من حيث اللفظ ، ولا من حيث الدليل . لأن الفعل لا دليل له ، وأما آخر الخبر وهو قوله : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فليس من كلام النبي ﷺ ؛ لأن الرجل حكى أنه فعل القضاء ، وهذا إخبار عن حكم ماض .

١٦٧٨٤ - وقوله : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق ، بيان حكم مستقل ، ولا يكون معطوفاً على الأول ، فتعين أن يكون قول واحد من الرواة ، فلا يُحتاج به ^(١) .

١٦٧٨٥ - ولأن القول لا يعطف على الفعل ، فأما الذي ادعوه من قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم يقسم » لم يدخل في واحد من الخبرين .

١٦٧٨٦ - ولا يلزم الكلام عليه أنه يجوز ثبوته غير مقسوم ^(٢) اقتضى وجوب الشفعة للجار فيما لم يقسم ، وإذا باع الرجل بعض داره وجبت الشفعة للجار فيما باع وهو غير مقسوم ؛ فصار الخبر دليلاً عليهم من هذا الوجه .

١٦٧٨٧ - فإن قيل : الشفعة فيما لم يقسم أراد به الشريك .

١٦٧٨٨ - قلنا : هنا تخصيص بغير دليل .

١٦٧٨٩ - قالوا : قد بين ذلك بقوله : لا يحل أن يبيعه حتى يوجد شريكه ، وبینه

= ما أت عامل . والقضاء يأتي بمعنى الأمر أيضاً لقوله تعالى : ﴿ وَصَّيْكَمُ اللَّهُ بِمَا كُنْتُمْ تَكْفُرُونَ ﴾ ، وقد يأتي بمعنى العهد كقوله تعالى في سورة الإسراء : ﴿ وَتَقَبَّلْ إِلَيْنِ تَبَاتُ الْكِتَابِ ﴾ الآية ٤ أي عهدنا وغير ذلك من المعاني . انظر لساد لعرب (٣٦٦٥/٥) مادة قضى والمصباح المير (٦٦٦/١) .

(١) نقل ابن القيم عن أبي بكر بن محمد بن عمر بن حرم بن عثمان بن عفان أن قوله : إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ، وهذا قول ابن عباس وقد نقل ابن حجر في تلخيص المحير (٥٦٣/٣) وفي فتح الباري (٣٤٣/٥) حكاية عن أبي حاتم في العلل عن أبيه أنه قال : إن قوله (إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) من قول جابر ، والمرفوع إلى قوله ﷺ : لم يقسم ، ثم قال : فيه نظر ؛ لأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإخراج بدليل ، وقد نقل صالح بن أحمد عن أبيه أنه رجع فيها ، وقال الإمام ابن حزم رداً على من يقول بأنه قول الراوي : من عظيم إقدام المتأخرين في زمانهم وأدبهم رعد الله قول بعضهم في الثابت عن رسول الله ﷺ من قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، إذ هذا اللفظ ليس من كلام النبي ﷺ ، فليت شعري أين وجدوا هذا ومن أسيرهم ؟ والقوم قد رددهم الله من استسهال الكتاب في الدين خطأ وانزوا نواذ بالله من مثله . انظر المحلى (١٠٤/٩) وأعلام الموقعين (١٤٦/١) (٢) مذكراً في (د) وفي باقي النسخ ثبت أما كله غير مقسوم لتساوقة من (ص) (ع) (ح) (٤)

بآخر الخبر ؛ لأنه نفى الشفعة إذا وقعت الحدود ^(١) .

١٦٧٩٠ - قلنا : قد بينا أن الخبر إذا كان بياناً لقضاء رسول الله ﷺ فيما يعد قول الراوي إما حابر أو من بعده ، فلا يختص به عموم اللفظ الذي روجه ، ثم إذا أوجنا الشفعة بالخبر للحار إذا باع جاره نصف داره فليس هناك شريك حتى يحمل الخبر عليه .

١٦٧٩١ - وأما قولهم : قد نفى بآخر الخبر فسيجيء الكلام عليه .

١٦٧٩٢ - وحواب آخر : وهو أن جنس الشفعة عندنا يتعلق بما لم يقسم ؛ لأن الجار متى لم يكن بينهما طريق فالحد الفاصل بين المالكين مشترك بينهما ، فيجب للنجار الشفعة في ذلك الجزء ، فكل من أوجبها في ذلك أوجبها في بقية الدار .

١٦٧٩٣ - فقد قلنا بموجب دعواهم وجعلنا خبر الشفعة / مختصاً بما لم يقسم .

١٦٧٩٤ - وأما دليل الخطاب ^(٢) فنحن لا نقول به ، ثم مخالفتنا يسقط الشفعة في المقسوم من الدار بدليل الخطاب ، ومع ^(٣) ذلك الخبر الفاصل المشترك ، ونحن نوجب الشفعة من ذلك الخبر ينطق ^(٤) الخبر وتنبه ^(٥) بقية الدار فتساوينا في ذلك بل نحن أولى ؛ لأننا احتجنا بالنطق المجمع على وجوب العمل به .

١٦٧٩٥ - وقالوا : بالدليل المختلف فيه ، فأما خبر الزهري عن أبي سلمة عن حابر قال : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم .

١٦٧٩٦ - قالوا : [وإنما] للحصر وتحقيق ما يتناوله اللفظ ونفى ما عداه ^(٦) ، لقوله

(١) انظر للمسي في الحاوي الكبير ٢٢٩/٧ .

(٢) وهو مفهوم الموافقة إذا كان موافقاً للمسطور في الإيجاب والسلب ، كدلالة قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَنْتَهِ لِمَا أَنْزَلَ مِنْ سُورَةِ الْإِسْرَاءِ عَلَى تَحْرِيمِ ضَرْبِ الْأَيْدِ ، لِأَنَّ الضَّرْبَ أَعْظَمُ مِنَ الْإِثْمِ ، فَضَنُّ بَابِ أُولَى أَنْ يَحْرِمَ الضَّرْبَ ، وَدَلَالَةُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لِيَلْ تَسْتَحْمَ لِيَكُنَّ الْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنْ الْآيَةِ ١٨٧ ﴾ مِنْ سُورَةِ الْبَقَرَةِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الصُّومِ حَتَّى يَكُونَ حُجَّةً وَيَسْمَى أَيْضًا ضَرْبَ الْخَطِّابِ ، وَتَبْيِهُ الْخَطِّابِ ، وَلَحْنُ الْخَطِّابِ ، وَمَقْهُومُ الْمَوَاقِفَةِ . وَدَلِيلُ الْخَطِّابِ : لِأَنَّ الْخَطِّابَ دَلَّ عَلَيْهِ . الْمُنْطَرِقُ : مَا فَهَمَ مِنْ دَلَالَةِ اللَّفْظِ فِي مَحَلِّ النُّقْطِ . وَالمَقْهُومُ : مَا فَهَمَ مِنْ دَلَالَةِ اللَّفْظِ لَا فِي مَحَلِّ النُّقْطِ . انظر أصول السرخسي (٢٣٩/١ - ٢٤٨) ، الإحكام (٢٠٩/٢ - ٢٣٥) . التمهيد للأستوي ص ٢٤٠ - ٢٤١ ، إرشاد الفحول (٥٦/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) : [مع] وهو الصواب أما في (ن) : [مع] .

(٤) في (ن) : [بالنطق] .

(٥) مكلداً في (ن) وفي باقي النسخ ووجهه .

(٦) انظر هذا للمسي في الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) .

تعالى : ﴿ إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهُ وَحْدَهُ ﴾ ^(١) معناه لا إله إلا الله .

١٦٧٩٧ - قلنا : إنما قد بينا أنه يدخل للتعظيم أو للتحقيق وهي لتأكيد المذكور .
وإنما لنفي ما سواه ، فلا يدل ذلك عليه قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَعَلَ الشَّهَادَةَ عَلَى النَّبِيِّ لِمَنْ تَشَاءُ ﴾ ^(٢) وقال : ﴿ إِنَّمَا أَنْتَ مُنذِرٌ مَنِ اتَّبَعْتَهَا ﴾ ^(٣) وقال : ﴿ إِنَّمَا نُذِيرُكَ أَنَّكَ إِلَهُ الْكَافِرِينَ ﴾ ^(٤) الآية ، وقال : ﴿ لِنُذِيرَ قَوْمًا قَدْ أَتَيْنَاهُمْ مِثْلَ مَا نَذِيرُونَ ﴾ ^(٥) لنذير حتى القول على أكرمهم منهم لا يؤمنون ^(٦) ولو كانت إنما لنفي ما عداها تناقض الكلام .
وتعالى الله عن ذلك .

١٦٧٩٨ - ثبت أنها لا تنفي ما سوى المذكور وإنما تؤكد وقوله : ﴿ إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهُ وَحْدَهُ ﴾ لم يدل على نفي إله آخر باللفظ وإنما ثبت ذلك بدليل آخر .

١٦٧٩٩ - إن قول الراوي إنما جعل رسول الله ﷺ الشفاعة يحتمل أن يكون قال ذلك ويحتمل فعله وقضى به ، والفعل لا عموم له فوجب التوقف عن ادعاء العموم ^(١) كما وجب التوقف في قوله قضى .

١٦٨٠٠ - وجواب آخر : وهو أن قوله الشفاعة فيما لم يقسم لو ثبت أنه قوله : لم يحل أن يكون المراد به الشفاعة فيما لم يقسم للشريك ولنير الشريك ، أو يكون المراد به الوجه الثاني .

١٦٨٠١ - قلنا : مقتضاه ؛ لأن حق الشفاعة ثبت عندنا فيما لم يقسم للشريك وإنما ثبتت الشفاعة لنيره إذا سقط حقه .

١٦٨٠٢ - وقد قلنا : بموجب ما قالوا وسقط دليل الخطاب على هذه الطريقة ؛ لأن الدليل يصير كأنه قال : لا شفاعة للشريك فيما قسم ، وكذلك نقول : إن الشفاعة التي أثبتها للشريك لا تثبت إلا فيما لم يقسم وهي الشفاعة التي تتقدم على غيرها .

(١) سورة النساء : الآية ١٧١ وتكسبها ﴿ سُبْحَنَهُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَدٌ لَمْ يَمَأْ فِي الْكَفَرَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَتَحْتَ يَدَيْهِ وَسُوحُكُ ﴾ .

(٢) سورة النحل : الآية ١٢٤ وتكسبها ﴿ وَلَئِنْ رَأَيْتَ نَجْمَ الْجُذَيْفَةِ يَنْهَىٰ عَنِ الْكَافِرِينَ فَمَا كَتَبُوا بِهِ سُبْحَانَكَ ﴾ .

(٣) سورة النازعات : الآية ٤٥ .

(٤) سورة يس : الآية ١١ وتكسبها ﴿ وَتَحِيَّ الْكَاذِبِينَ يَأْتِيهِمْ بَغْيًا فَهُمْ فِي أَمَرٍ مُّضْمَرٍ ﴾ .

(٥) سورة يس : الآية ٦ ، ٧ .

(٦) حرف اللام الأندي فقال : هو اللفظ الواحد الدال على مسبين فصاعداً مطلقاً مثلاً . انظر الأحكام ص أصول الأحكام (٢ / ٥٤) .

١٦٨٠٣ - فأما احتجاج مخالفنا بقوله **كذلك** : « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ^(١) .

١٦٨٠٤ - فالجواب عنه : أن العقار متى زالت الشركة فيه حتى لم يبق بين الحدين شركة سقطت الشفعة عندنا .

١٦٨٠٥ - والجواب الثاني : أن قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم يقسم » إن كان تقديره الشفعة للشريك فيما لم يقسم ، فقوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا وقعت الحدود » معناه إذا قاسم خوف الشفعة بطلت شفعته .

١٦٨٠٦ - لأن رضاه بالقسمة لإبطال الشفعة فيكون قد نفى في آخر الخبر الشفعة لئلي أثبتها في أوله .

١٦٨٠٧ - وجواب ثالث : قال إذا وقعت الحدود ^(٢) فلا شفعة ، يعني بالقسمة حتى لا يظن طان أن القسمة إذا كانت تمليكاً من كل واحد من الشريكين للأخر كالتملك بالبيع .

١٦٨٠٨ - فإن قيل : أول الخبر يقتضي وجوب الشفعة فيما بيع ، وآخره يقتضي نفي ما أثبت أولاً ، وهو سقوط الشفعة في البيع لا في القسمة .

١٦٨٠٩ - قلنا : أول الخبر ما اقتضى الشفعة في البيع ، لأنها عندكم تجب في البيع والنكاح والخلع والإجارة ^(٣) فالمراد من أول الحديث التملك والقسمة فيها معنى تملك فقد نفى بعض ما أثبت .

١٦٨١٠ - ثم قوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » ينصرف إلى صرف الحدود لا إلى أول الخبر ؛ لأن من حكم الغاية أن يتعلق ما بعدها بما قبلها ، وهذا يوجب نفي الشفعة عن القسمة لا عن التملك المضمر في أول الخبر .

١٦٨١١ - جواب آخر : وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » فلا شفعة تقتضي سقوط الشفعة بهذين الشرطين وإذا وقعت الحدود

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) والمهذب (٢٧٧/١) ولغني مع الشرح الكبير (٤٦٢/٥) .

(٢) ما بين المسكوفين ساقط من (ع) ، (٢) .

(٣) انظر معني المحتاج (٢٩٨/٢) فإنه عند الشافعية ثبت الشفعة إذا بيع الشخص بمعاملة محضة كالبيع أو بمعاملة غير محضة كالمهر ، والخلع والإجارة وغير ذلك سيأتي تفصيله في مسألة مستقلة - إن شاء الله تعالى -

ولم تصرف الطرق [^(١)] لم تسقط ؛ لأن الحكم إذا علق سقوطه بشرط لم ينفذ بوجود أحدهما ، فاقضى الظاهر أن الحدود إذا وقعت ولم تصرف الطرق فاشقة واجبة بالشركة في الطريق الذي لم ^(٢) يقسم ، والطريق الضيق الذي لا يقسم ^(٣) .

١٦٨١٢ - قالوا : روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما مثل قولنا ولا مخالف لهما ^(٤) .

١٦٨١٣ - قلنا : ذكر أصحابنا عن ابن مسعود رضي الله عنه وجوب الشفعة للجار ^(٥) . وعن أبي رافع مثله ^(٦) وكان شريح يقضي بشفعة الجوار ^(٧) وخلافه معتد به على عماد رضي الله عنه ؛ لأنه قضى في خلافته .

١٦٨١٤ - قالوا : ملكه محوز عن ملكه ، فوجب أن لا يستحق أحد المالكين بشفعة الملك الآخر . أصله : إذا كان بينهما طريق نافذ ^(٨) .

(١) ما بين المكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر بلباح الصنائع (٥/٥) وعارته وآخر الحديث حجة على الشافعية ؛ لأنه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة بشرطين : وقوع الحدود وصرف الطرق ، والمطلق في الشرطين لا يترك عند وجود أحدهما . وعنده يسقط بطرق واحد وهو وقوع الحدود وإن لم تصرف الطرق ، ثم هو موزول وتأويله : فإذا وقع الحدود وتثبتت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة .

(٣) انظر سنن الترمذي (٦٤٤/٣) وسبل السلام (٩١٢/٣) والحاوي الكبير (٢٢٧/٧) والمضي مع الشرح الكبير (٤٦١/٥) .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل من أكابر الصحابة والسابقين إلى الإسلام ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمر وسعد بن معاذ أحاديث كثيرة ، وروى عنه ابنه عبد الرحمن وأبو حيفة وأبو رافع وغيرهم ، هاجر الهجرة إلى الحبشة وإلى المدينة وصلى إلى القبلتين ، وشهد بدرًا وأحسا ومرعرا من المشاهد ، ومات عن ثيف وستين سنة ، عام ٣٢ هـ بالمدينة ودفن بالبيح عليه عثمان بن عفان . انظر الإصابة (٣٦٩/٢) الاستيعاب (٢٨٠/٣ - ٢٨٦) وسلي الأوثياء (١٢٤/١) وصفة الصفوة (١١٣/١) .

(٥) روى جرير عن عبد الحميد عن منصور عن الحكم عن علي وعبد الله قالا : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة للجوار . انظر المصنف لابن أبي شيبة (١٦٤/٧) كتاب البيوع باب رقم ٢٧٥٨ ورقم ٢٦١٠ وانظر المصنف لميد الرزاق في هذا المضي (٧٨/٨) رقم ١٤٣٨٣ .

(٦) انظر كنز العمال (٧/٧) رقم ١٧٧٠٠ ومصنف عبد الرزاق (٧٧/٨) باب الشفعة للجوار والحيطة أحن رقم ١٤٣٨١ وكذلك رقم ١٤٣٨٢ بلفظ آخر .

(٨) قال ابن أبي شيبة في المصنف (١٦٦/٧) رقم ٢٧٦٦ حدثنا ابن عينة عن عمر وعن أبي بكر بن عمر قالا : كتب عمر إلى شريح أن يقضي بالجوار قالا : فكان شريح يقضي للرجل من أهل الكوفة على فخر من أهل الشام . وهذا الأكثر يدل على أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب يقول بوجود الشفعة للجار رضي الله عنه في هذا الأمر شريح القاضي وكان حكمه نافذا في خلافة عثمان .

(٩) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) وعارته : والدليل من طريق التماس هو أن فيه نبيح ^(٩) .

١٦٨١٥ - قلنا : الشفعة تثبت في الأصل ليدفع الشفعين عن نفسه [الأدب] (١) ويجمع المالكين فيصير أن ملكاً واحداً ، وهذا موجود في الشريك والجار ، فإذا حصل الطريق بين المالكين فهذا المعنى لا يوجد .

١٦٨١٦ - ولأنه إذا لم يكن بينهما طريق [فالخلطة موجودة في الحائط والتأدي بسوء المشاركة موجود إذا كان بينهما طريق] (٢) فلا شركة بينهما في شيء فلم تجب الشفعة .

١٦٨١٧ - قالوا : ما لا يجب فيه إذا ملك بمقد الكاح لم يجب إذا ملك بمقد البيع كالعروض (٣) .

١٦٨١٨ - قلنا : المعنى في سائر الأموال أن الشركة فيها لا تؤدي إلى المجاورة ، وليس كذلك للمقسم ، لأن الشركة [فيه] (٤) تؤدي إلى المجاورة .

١٦٨١٩ - ولأن سائر الأموال لا يخشى فيها التأذي على وجه الدوام ، والمقسم يخشى فيه التأذي على وجه الدوام .

١٦٨٢٠ - قالوا : الشفعة وجبت لإزالة الضرر عن الشفعين ، فلو أوجبنا للجار ، دخل الضرر على البائع ، لأنه لا يقدر على بيع داره بقيمتها ، لأن أحداً لا يقدم على ابتاعها لعلمه بأن الشفعين يأخذها منه بالشفعة وهذا ضرر ، والضرر لا يزال بالضرر .

١٦٨٢١ - قلنا : الضرر قد وجب بالشرع لإزالته عن الشفعين [وإن لحق غيره ، بدلالة أن أحد المبيع ضرر بالمشتري ، فقد وجب إزالة الضرر عن الشفعين] (٥) بهذا الضرر ، ثم هنا غلط ، لأن عندهم الشفعة تجب في المشاع (٦) فإذا أراد الشفعين إسقاط شفعة شريكه

= ينع من وجوب الشفعة فيه كالذي يسهما طريق نافذة ، لأن المبيع لم يكن له حال ترتب فيها المقاسمة لم يثبت فيه الشفعة قياساً على مشاع الفراس والأبنية .

(١) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) بل عند الشافعية تجب الشفعة ولو ملك بمقد الكاح خلافاً للحنفية فقد ساء في روضة الطالبين (٧٨/٥) مانعه : إذا جعل الشقص أجرة أو حلاً أو رأس مال في السلم أو صداقاً أو متعة أو عوض حلق أو صلح عن دم أو ما ثبتت الشفعة في كل ذلك وانظر مثل ذلك في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) وسنفي المحتاج (٢٩٨/٢) والذهب (٣٧٩/١) والهداية (٣٥/٤) . واستدلوا على ذلك بأن النعمة لا مثل لها ، فأخذ بيمينها كاترب والعبد . بل محل نظر .

(٣) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المكونتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) انظر الحاوي الكبير (٢٢٧/٧) قال الماوردي : الشفعة مستحقة في عراس الأرض ، ويكون ما حصل =

قسم وباع . كذلك عندنا إذا أراد إسقاط الشفعة ، باع الدار إلا الحائط المشترك ، وإن الدار إلا ذراعاً من طول الجدار ، ثم يهب ذلك الذراع فيسقط الضرر عن نفسه بهد كما يسقط الشريك الضرر عندهم بتكليف القسمة ^(١) .

١٦٨٢٢ - قالوا : زعمتم أن الشفعة تجب لحرف التأذي وهذا يطل بإيجار المخادى . ويمكن إزالة الضرر بالسلطان .

١٦٨٢٣ - وعندنا : يجب لتكامل انتفاع بالدار ، فإن انتفاعه بالنصف مع الإثاعة أكثر من انتفاعه إذا قسم بالثمن والمبايعه ؛ لأنه سقط عند إحداث المرافق إن قسمه المشتري فاحتاج إلى باب وبئر وبالوعة ويسقط عن نفسه أجرة القشام وهذه المعاني . خوف التأذي - باطله ، واعتبار الحق أولى .

١٦٨٢٤ - قلنا : قد بينا أن التأذي بالباطل لا نعتبره ، وإنما نعتبر التأذي بالحق على ما قدمنا وبيننا الكلام على أجرة القسام ، وإنما يطل بالشركة في المقولات . وأما كمال الانتفاع وسقوط المؤن بالمرافق ؛ فعمله موجود في الجار .

١٦٨٢٥ - لأنه إذا أخذ بالشفعة استغنى عن بناء الحائط الحاجز ، ويكمل انتفاعه بملكه ؛ لأنه يجرى ماؤه إلى الدار التي يأخذها ، وقد كان لا يتمكن من ذلك ويستطرفها إلى طريق آخر وقد كان يمنع من ذلك ويساوي الجار الشريك في هذين الوجهين .

= بها من البناء والفراس تيقاً ، وإن كان المبيع منها مشاعاً كانت الشفعة على قولين .
(١) هذا من أنواع الخيل في إسقاط الشفعة ، ففي الهداية (٣٩/٤) : وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع سها من طول الحد الذي يلي الشبيع فلا شفعة له ، لانقطاع الجوار وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسه إليه لما سها . وقال الإمام محمد : يكره الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها ؛ لأنها شرعت لدفع الضرر والحيلة تنافي . وعند الخنابلة : لا يهل الاحتيال على إسقاط الشفعة فإن فعل لم يسقط ، نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وقد سأل عن الحيلة في إبطال الشفعة ، فقال : لا يجوز شيء من الخيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم . انظر الشرح الكبير مع للمصنف (٤٦٠/٥) .



طلب الشفعة

١٦٨٢٦ - ظاهر رواية الأصل : أن طلب الشفعة على الفور ، وروى هشام ^(١) عن محمد أنه على المجلس ، ولم يحك خلافاً ^(٢) .

(١) هو انفيق هشام بن عبيد الله الرازي المارني ، تفقه على الإمام أبي يوسف ومحمد ، وتولى الإمام محمد في منزله بالري ، ودفن في مقبرته سنة ٢٠١ هـ . من مصنفاته . كتاب النوادر في الفقه وغيره ، قال أبو حاتم : صدوق ، ما رأيت أعظم قدراً منه بالري . هدية العارفين من كشف الظنون ٥٠٨/٦ والفوائد البهية ص ٢٢٣ ويزن الاعتدال (٣٠٠/٤) والجواهر المضية (٥٦٩/٣) .

(٢) روي في المذهب روايتان : الأولى : طلب الشفعة على الفور ، قاله الكرخي : وقال ابن سماعه عن أبي يوسف : إن لم يطلب حين بلغه بطلت شفعة . وقال في موضع آخر : فإن لم يطلب ساعدت بطلت شفعة . وقال هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . ثم قال الكرخي : وقال ابن رستم عن محمد : إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضاء ، وترك للشفعة . وقال الإمام القدوري في شرحه على مختصر الكرخي : هذا يدل أنه على الفور ، قال الكاساني : أما شرطه : فهو أن يكون فور العلم بالبيع إذا كان قادراً عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الأصل . والرواية الثانية : هي رواية هشام بن عبيد الله الرزبي عن الإمام محمد في نوادره أنه إذا بلغه فسكت حنيفة ثم ادعاهما من ساعته فهو على شفعة كذلك . وكذا إذا قال : الله أكبر أو قال : خلصني الله من فلان ، أو قال : لا حول ولا قوة إلا بالله ونحوه لا تطل شفعة ، على هذه الرواية . وكذلك إذا قال بكم باعها ؟ أو متى اشتراها ؟ بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفعة وهو على حقه إذا طلب . وقال القدوري في شرحه : إن هذا يقتضي الطلب على المجلس ، وهو اختيار الشيخ أبي الحسن الكرخي وقال : إنه أصح الروايتين ، قال الكرخي في مختصره بعد ما ذكر روايات الأصل والنوادر : وليس هذا عدي احتلافاً في رواية ولا معنى ، لأن جميع العبارات الدالة على ألا يكون الطلب مراعياً القصد منها ألا تدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الإعراض عنها . الهداية (٢٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٣/٥) وحاشية الشنسي عليه ، وبدائع الصنائع (١٧/٥) والمبسوط (١١٦/١٤ - ١١٧) والاختيار (٥٤/٢) .

ورفض المالكية إلى أنه ليس على الفور بل وقت وجوبه متسع . واختلف قول مالك في هذا الوقت ، مرة قال : غير محدود ، وأنها لا تنقطع أبداً إلا أن يحدث له تغير كثير بمرغه ، وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت فروي عنه : السنة وهو الأشهر ، وقيل : أكثر من سنة ، وقيل : خمس سنوات . انظر الكافي (٨٦٠/٢ - ٨٦١) وبدلية المجهذ (٢٦٣/٢) والذخيرة (٣٧١/٧) .

وعند الحاملة الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور ولا بطلت ، نص عليه الإمام أحمد في رواية أبي طالب ، فقال : الشفعة بالمراغبة ساعة يعلم ، وهو المختار لعامة أصحاب الحاملة ، وحكي عن أحمد رواية ثانية : أن الشفعة على التراخي ، ولا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضاء من عفو أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٧٧/٥) والشرح الأكبر مع المغني (٤٧٨/٥) والمبدع (٢٠٨/٥) =

١٦٨٢٧ - وللشافعي **ثلاثة** أربعة أقوال :

١٦٨٢٨ - أحدها : على الفور .

١٦٨٢٩ - والثاني : ثلاثة أيام .

١٦٨٣٠ - والثالث : على التأييد [إلا أن للمشتري مطالبة الشفع أن يأخذ أو يسقط عنه .

١٦٨٣١ - والرابع : أنه على التأييد ^(١) كحق القصاص وليس على المشتري مغان الشفع بالأخذ أو الإسقاط . ونص في اختلاف العراقيين ^(٢) على أنه إذا أسقطها له يرجع في مجلسه ويطلب بها .

١٦٨٣٢ - قال ابن شريح : وفيه وجه آخر : أنه لا يطلب بعد الإسقاط ^(٣) فإن دنا على الفور ، فما ^(٤) روي أن النبي **ﷺ** قال : « الشفعة لمن واثبها » ^(٥) وقال : « من

= والإنصاف (٢٦٠/٦) وقال ابن أبي ليلى : الشفع بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه . انظر اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلى ص ٣٦ .

(١) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) هو كتاب اختلاف العراقيين للإمام الشافعي **رحمه** مطبوع مع الأم . انظر كتاب أسماء الكتب الصم لكشف الظنون ، لعبد اللطيف بن محمد رياضي زاده ص ٣٣ .

(٣) في المهذب (٣٧٩/١ - ٣٨٠) والخواريزمي الكبير (٢٤٠/٧) ومغني المحتاج (٣٠٧/٢) وروضة الطالبين (١٠٧/٥) والوجيز (٢٢٠/١) وحلية العلماء (٢٨٣/٥ - ٢٨٥) . وفي المهذب أن الشفع بالخيار بين الأخذ وتركه لأنه حق ثبت له بما يدل على المعفو كقوله يعني أو فاسمني وما أشبههما كالخيار في القصاص . والثاني : أنه بالخيار إلى أن يرفعه للمشتري إلى الحاكم ليحجره على الأخذ أو المعفو . والثالث : نص عليه في سير حرمة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام والرابع : نص عليه في الجديد أنه على الفور وهو الصحيح .

عما تقدم يتضح لنا أن الحقبة في ظاهر الرواية والشافعية في الجديد عندهم وهو الصحيح ، والحالفة هي الصحيح من المذهب يرون أن الشفعة على الفور ، أما المالكية قالوا : إنها على التراخي ، وحكي عن ابن أبي ليلى أنها مقطرة بثلاثة أيام وهو قول عند الشافعية ، ونقل أيضاً عن الشافعية قولان آخران ذكرهما ابنه القفوري وأقوال أخرى منقولة عن العلماء إلا أننا تركناها حيث لم نجد لها دليلاً .

(٤) هي (ع) ، (م) ، (ع) : [فما] ، بحذف اللام وهو ما أتيته في ذلك .

(٥) أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن بن عمار عن رجل عن شريح قال : إنما الشفعة من والها ، وقال عبد الرزاق : هو قول معمر . انظر مصنف عبد الرزاق (٨٣/٨) رقم ١٤٤٠٦ وذكر ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٧/٣) كتاب الشفعة أنه من قول شريح ، وقال : ذكره قاسم بن ثابت في دلائله ، وقال صاحب **المهذب** (٤٨٦/٨) : هذا ليس بحديث ، وإنما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح . وقال الريسي : إنه حديث غريب ، قوله « لمن واثبها » أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة وهو من الثوب على الاستعارة ، لأن من ثبت هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه . وانظر هذا الدليل في الهداية (٢٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٢/٥)

الشفعة كشطة عقال إن قيدها مكانها يثبت حقه وإلا فالغرم عليه ^(١) .

١٦٨٣٣ - وروي : « فإن ترك فاللوم على من تركها » ^(٢) .

١٦٨٣٤ - ولأنه خيار تملك ، ولا يختص بثلاثة أيام ، ولا يقف على التأيد كخيار القبول ^(٣) .

١٦٨٣٥ - ولأنه خيار يثبت من طريق الحكم فلا يتقدر بالثلاث كخيار العيب . ولأنه ترك المطالبة في المجلس الذي بلغه فيه البيع فوجب أن تبطل شفعته إذا بيعت الدار بعد فمات قبل القبض ثم علم الشفيع فترك الطلب .

١٦٨٣٦ - وأما إن دللنا على المجلس فلائنه اختيار تملك ^(٤) كخيار الخيرة ^(٥) ، ولأن الشفيع يحتاج إلى الفكر والارتباء .

١٦٨٣٧ - فإن قلنا : إنه على الفور لم يتمكن من اختيار الأصلح له ، وفي هذا إلحاق ضرر به ^(٦) ولأنه طلب في المجلس الذي علم فيه البيع ؛ فكان له الشفعة ، كما لو

= والخواي الكبير (٢٤٠/٧) والمهذب (٣٨٠/١) والمغني مع الشرح الكبير (٤٧٨/٥) . وبلا حظ أن الإمام القدوري قد نقل هذا القول كأنه حديث بينما علماء الحديث وانقضاء يذكرون أنه من قول شريح ، وليس من قول النبي ﷺ ، مهلاً بما جاوز منه كما أنه تجاور في نقل أحاديث ضيفة قد صنفها العلماء ومنهم الزيلعي وهو حنفي ، حيث قال : إنه حديث غريب . وما استدل به الإمام القدوري استدله به كل من قال بأن الشفعة على المور إلا أن الإمام ابن قدامة حينما ذكر هذا القول « الشفعة لمن وأبها » قال رواه الفقهاء في كتبهم ، وهو بهذا الصنيع قد تدارك هذا التجاوز . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٧٨/٥) .

(١) أخرجه ابن ماجه في سنه (٨٣٥/٢) كتاب الشفعة باب طلب الشفعة عن محمد بن عبد الرحمن البيهقي عن أبيه عن ابن عمر ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨/٦) كتاب الشفعة ، باب رواية ألفاظ مسكرة بذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة ، وكنت العمال عن ابن عمر (٤/٧) رقم ١٧٦٨٦ كتب الشفعة . وفي الزوائد : في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيهقي قال فيه ابن عدي : كل ما يرويه البيهقي قاتلناه فيه منه ، وإذا روى عنه محمد بن حارث فهما ضيفان لا يجوز الاحتجاج بهما . وقد الريلمي في نصب الرابة (٤٢٦/٥) حديث غريب .

(٢) وفي تنخيص الخبير (٥٧٣/٣) الشفعة كشطة عقال إن قيده ثبت ، وإلا فاللوم على من تركها ، قال ابن حجر : هنا حديث ذكره أبو الطيب وابن الصباح وللازدي هكذا بلا إسناد ، وهذا جزء من الحديث الضعيف السابق تخرجه . انظر هذا الدليل في بدائع الصنائع (١٧/٥) .

(٣) انظر حاشية الشلي على التبيين (٢٤٣/٥) والميسوط (١١٧/١٤) ، وهذا رد على قول ابن أبي ليلى والشافعي ومالك من باب أولى .

(٤) انظر بدائع الصنائع (١٧/٥) .

(٥) المغيرة في الطلاق كان يقول رجل لزوجته : أمرك بذلك . حاشية الشلي على تبيين الحقائق (٢٤٣/٥) .

(٦) بدائع الصنائع (١٧/٥) .

علم بالبيع وهو في الصلاة قسمها ثم طلب (١) .

١٦٨٣٨ - فإن احتجوا بالخبرين (٢) .

١٦٨٣٩ - قلنا : إذا طلب في مجلسه فقد وثبها ، ولأنه قال في الخبر الآخر . إن فقدوها مكانها / فاعتبر المكان وهذا معنى المجلس .

١٦٨٤٠ - قالوا : أخرها عن غير عذر ، فصار كما لو طلبها بعد المجلس .

١٦٨٤١ - قلنا : يبطل إذا علم وقد دخل الوقت ، فتوضأ ، فأذن ، وصلى ، فإنه يقدر على الطلب ويؤخر الصلاة إلى وسط الوقت أو آخره ، ولأنه إذا قام من مجلسه قبل المطالبة فقد أعرض عما هو فيه بدلالة المخيرة . وإذا لم يقم ولم يتشاعل فهو في الارتياح (٣) فلم يعرض عما هو فيه ومتى طلبه قبل الإعراض صار كالطلب على الفور .

١٦٨٤٢ - قالوا : خيار جعل لإزالة الضرر عن الإنسان من ماله فوجب أن لا يختص بالمجلس كالرّد بالعيب (٤) .

١٦٨٤٣ - قلنا : الرّد بالعيب حق تعلق بسبب مستقر ، بدلالة أن المشتري وجب له على البائع تسليم المبيع بجميع أجزائه ، فلم يسلم ما وجب عليه ، والحق إذا تعلق بسبب مستقر لم يختص بالمجلس ، وفي مسائلنا تعلق الحق بسبب لم يستقر - فهو كخيار الخيرة ، وتسليم ثمن الصرف ورأس مال السلم - فيختص بالمجلس .

(١) انظر المرجع السابق .

(٢) وهما الشفعة لمس واليها ، وإنما الشفعة كشطة عقال . الحوي الكبير (٢٤٠/٧) والمهذب (٣٨٠/١) ، وللشافعية أربعة أقوال ، الصحيح منها وهو الجديد في المذهب عندهم أنه على الفور ، وهو بذلك يكون موافقاً لظاهر الرواية عند الحنفية ، فلا خلاف بينهما ، بل إن ما استدل به الشافعية على الفور هو بيته ما استدل به الحنفية في ظاهر الرواية عندهم . أما الأقوال الثلاثة الأخرى فهي أقوال مرجوحة في المذهب ، ومن المعلوم عن الشافعية أن المذهب عندهم هو أقوال الإمام الشافعي في الجديد ، ولا يعمل بالتقدم إلا في مسائل محدودة متصوص عليها ، قالوا : هي ثلاث مسائل ، وقال بعضهم : أربع عشرة مسألة ، وقال بعضهم : سبع عشرة مسألة ، وقال كثيرون : إنها عشرون مسألة ، وقد أشار النووي إلى أن إنشاء الأصحاب في هذه المسائل وترجيحهم لا يبرهن نسبه إلى الإمام الشافعي بل هو محمول على أن اجتهادهم داخل المذهب فدى بهم إلى لظهور دليله إلا إذا عده حديث لا معارض له ، فهو مذهبه ومنسوب إليه كما قال : إذا صح حديث هو مذهبي . وليس من بينها هذه المسألة ، فإن إيراد أدلة الشافعية ثم الرد عليها على نفس المدعي لا طائل منه .

انظر المجموع (٦٢/١) ومعي المحتاج (١٤/١) .

(٣) أي أنه تمليك فلا بد من التأمل فيه كسائر التمليكات . انظر تبين الحقائق (٢٤٣/٥)

(٤) انظر الحايوي الكبير في هذا المعنى (٢٤٠/٧) .



حكم ما إذا كان بدل الشقص صدق امرأة أو خلع أو إجارة أو صلح دم عمد وغيرها

١٦٨٤٤ - قال أصحابنا : إذا تزوجها على شقص ، أو خالع به ، أو استأجر به ، أو صالح به من دم عمد فلا شفعة فيه ^(١) .

١٦٨٤٥ - وقال الشافعي : تجب الشفعة في هذه المواضع ^(٢) .

١٦٨٤٦ - لما : قوله عليه الصلاة والسلام . لا يخل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه ^(٣) .

١٦٨٤٧ - ولأنه مملوك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط كالمملوك بالهبة والوصية والميراث . ولا يزم إذا حصل الشقص في رأس مال السلم ^(٤) أن الشفعة تجب فيه

(١) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ٢٥ ، الميسوط (١٤٤/١٤ - ١٤٥) ومختصر الطحاوي ص ١٢٠ والهادية (٢٥/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٣/٥) وهذه أشهر رواية عبد الحامدة وهو ظاهر كلام الحرثي وقول أبي بكر من الحامدة . انظر للمغني مع الشرح الكبير (٤٦٩/٥) والمبدع (٢٣٨/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٣٥/٢) . (٢) روضة الطالبين (٧٨/٥) والحاوي الكبير (٢٤٩/٧ ، ٢٥٢ ، ٣٠٠) وذهلب (٣٧٩/١) ومعنى الاحتجاج (٢٩٨/٢) وبه قال للمالكية ، وهو قول ابن حامد من الحامدة وابن أبي ليلى . قال ابن الجلاب في الفريغ . ومن تزوج امرأة يسهم في أرض أو دار ففيه الشفعة بقيمة دون صدق المثل . ومن صالح من دم عمد على سهم من دار أو أرض مشتركة ففي ذلك الشفعة بقيمة السهم . ومن صالح عن دم خطأ على سهم من دار أو أرض مشتركة ففيه الشفعة بالدية . وقال النووي في الروضة : إذا حمل الشقص أجرة أو جعلاً ، أو رأس مال في سلم ، أو صدقاً ، أو مصة ، أو عرض خلع ، أو صلح عن دم أو مال ، أو جعله المكاتب عوضاً عن الجرم ثبت الشفعة في كل ذلك . وقال ابن قدامة : ما انتقل به مرض غير المال نحو أن يحمل الشقص موزاً ، أو عوضاً في الخلع ، أو في الصلح عن دم العمد ؛ فظاهر الحرثي أنه لا شفعة فيه ، وهو قول أبي بكر . وقال ابن حامد : تجب فيه الشفعة . انظر المدونة (٢٢٩/٣) والكافي (٨٥٦/٢) والفريغ (٣٠٠/٢) والفتاوى (٣٢٥/٧) وبداية المجتهد (٢٥٨/٢) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٩/٥) والمبدع (٢٢٨/٥) واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص ٣٠ .

(٣) استدل الإمام القدوري بهذا الحديث العام الذي يشمل أبواباً مختلفة من غصب وسرقة واعتلاس وغير ذلك ؛ فهو بعيد عن الموضوع علاوة على ذلك أن الشفعة شرعت لدفع الأذى والعسر .

(٤) في (ن) : [المسلم لفة : السلف وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد والاسم السلم . المصباح المنير (٣٨٩/١) لسان العرب (٢٠٨١/٣) مادة سلم . وفي الشرع : اسم لعمد يوجب الملك في النفس عاجلاً وفي الثمن آجلاً . الاختيار (٤١/٢) .

والسلم لا يثبت فيه خيار الشرط ؛ لأن الخيار يثبت عندنا ، فإذا قبض الدار لم يملكها .
ولو فسد العقد يثبت جدار ملكها ، فدل على أن الخيار ثابت .

١٦٨٤٨ - ولأنه مملوك بمقد لا يفترق إلى تسمية عوض كالهبة والوصية .

١٦٨٤٩ - ولأنه ليس في مقابلته عوض هو مال كالهبة ، أو ليس في مقابلته عوض
يورث كالهبة ^(١) .

١٦٨٥٠ - فإن قيل : المعنى في الهبة أنه ملكها بغير عوض .

١٦٨٥١ - وفي مسائلنا ملك بمعاوضة ما تقبل الشفعة .

١٦٨٥٢ - قلنا : الهبة والوصية مملوكة بعوض هو الثواب ، فعلة الأصل غير مسئلة
وعلة الفرع لا تصح ، لأن العوض إذا لم يكن له حكم الأموال جرى مجرى محري العوض
الذي هو الثواب ، فلم توجد الشفعة .

١٦٨٥٣ - ولأنه عقد لا يستحق الجائر بالشفعة المعقودة عليه فيه ، فلم يستحقه
الشريك . أصله : بيع ما لا يقسم وعقد الوصية ، ولأنه سبب لو ملك به الحام ، لم
يؤخذ بالشفعة ، فإذا ملك به غيره لم يؤخذ بها . أصله . الوصية والغصية ، ولأنه نقل
ملك بالبدل ؛ فلا يصح في المهر كالتولية ^(٢) والمراوحة ^(٣) .

١٦٨٥٤ - ولأن البضع لا يتقوم إلا على من ملك الاستباحة ، أو أتلف المنفعة ،
والإتلاف يكون مشاهدة وحكما ، فالشفيع لم يؤخذ منه ذلك ، فلم يتقوم عليه . وإذا
لم يجز تقويمه عليه تعذر أخذ الشقص بغير بدل ، كما أن المملوك بالصدقة لما تعذر تقويم
العوض الذي هو الثواب لم تجب الشفعة فيه .

١٦٨٥٥ - فإن قيل : عندنا يتقوم البضع على المكره والشهود إذا رحوا

(١) قال الماوردي في اسدوي الكسر (٢٤٩/٧) ردًا على هذا الدليل : إن البضع في حكم الأموال لأمره
أحدهما : أنه يعارض عليه بآل . والثاني : أنه مقدم في اختصاصه بالمال ، وما لم يكن مالا لم يقم في
استهلاكه بالمال . ثم للنس في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل ؛ فلم تجب فيه الشفعة . والصدق بموت
يبدل موجب فيه الشفعة .

(٢) التولية : بيع ما اشترى بما اشترى . وقال الجرجاني : هي بيع المشتري يشتهه بلا فصل . انظر طلبة المصنف
ص ٢٤٠ التعريفات ص ١٠١ .

(٣) المراوحة : البيع بما اشترى وبزيادة ربح معلوم عليه . وقال الجرجاني هي البيع بزيادة على النقص الأول
انظر طلبة المصنف ص ٢٤٠ التعريفات ص ٢٦٣ .

حكم ما إذا كان بدل الشقص صدق امرأة أو خلع أو .. ٣٤٤٩/٧
والمرضة (١) .

١٦٨٥٦ - قلنا : هذا كله إلتلاف فقد دخل في التقييم .

١٦٨٥٧ - فإن قيل : يجوز أن يتقدم على الشفيع وإن لم يؤخذ منه أحد هذه الأقسام ، كما يأخذ الشقص بقيمة العوض [ويقوم العوض] (٢) عليه ، وليس يملك له ولا متلف .

١٦٨٥٨ - قلنا : هو متلف من طريق الحكم ؛ لأن المتناع إذا لم يسلم له المبيع استحق الرجوع بالعوض فيما (٣) أخذ الشفيع الدار ولا طريق له على العرض صار الشفيع كالتلف للعوض عليه حكما فقومناه عليه .

١٦٨٥٩ - وفي مسألتنا استحقاق المهر لا يوجب رجوع المرأة بالبضع حتى يقوم عليها ذلك ، فصار الشفيع كالتلف له فلم يقوم عليه .

١٦٨٦٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » (٤) .

١٦٨٦١ - قلنا : قد بينا أن أصل الخبر قضى بالشفعة فيما لم يقسم وقيل الشفعة .

١٦٨٦٢ - ويثاب : أن هذا يحتمل الفعل فلا يجوز دعوى عمومها حتى يثبت أنه قول ، ثم قد أجمعوا على أن الشفعة تجب فيما لم يقسم إذا ملك بسبب ، فأضمرنا البيع وأضمرنا الملك ، فوجب إضمار ما أجمعوا عليه وإسقاط زيادة إضمار لم تدل عليه الدلالة .

١٦٨٦٣ - قالوا : معاوضة يملك بها ما يحتمل الشفعة فجاز أن تجب بها الشفعة كالبيع (٥) .

١٦٨٦٤ - قالوا : وقلنا يملك بها ما يحتمل الشفعة احتراز من الكتابة .

١٦٨٦٥ - قلنا : لا يسلم إطلاق المعاوضة ؛ لأن [عقد] (٦) النكاح لا يقف على تسمية عوض ، ولا يجوز أن يكون مرادهم أنه لا ينفك عن العوض ؛ لأن عندهم (٧) قد

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٥٠/٧) في الجواب على أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد . ويرى الماوردي أنه غير مسلم ، لأن لمصلحة مقومة البضع عندنا على عاصبتها ، والمشهود بطلانها مقومة البضع على الشهود إذا رجعوا للزوج دونها ، فصار بضمها مقوماً من غير عقد أو شبهة في حقها وحق غيرها ، فلم يمنع من تنوعه في شفعة صدانها .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [فلما] .

(٤) استدل الماوردي في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) بحموم قوله يملك الشفعة فيما لم يقسم ، على الشفعة .

(٥) انظر الحاوي الكبير (٢٤٩/١) قال الماوردي : ولأنه عقد معاوضة فجاز أن كتب فيه الشفعة كالبيع .

(٦) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) . (٧) الوجيز للعوالي (٢٩/٢) .

يخلو من العوض في المفوضة ^(١) .

١٦٨٦٦ - ولا يجوز أن يكون المراد به : أنه يصح ذكر العوض فيه ، لأن هذا موجود في الهبة . ولأن البيع عقد ، المقصود منه العوض بمالين ، والنكاح ليس المقصود منه العوض فصار في حكم عقد المعاوضات .

١٦٨٦٧ - ولأن البيع يجوز أن يكون عوضه بالتولية والمراوحة ، فلم تجب فيه الشفعة ولأن البيع عوضه مال ؛ فجاز أن تجب فيه الشفعة ، والمهر عوضه ليس بمال ؛ بدلالة أن المهر إذا أخذ أماناً لنفسه وماله جاز أن تسمى زوجته ، ولو كان البضع مالا له دخل في أمانة ^(٢) .
١٦٨٦٨ - قالوا : الشفعة وجبت لإزالة الضرر لما يلحقه من نقصان التصرف وأجرة القسام وهذا موجود في المهر ^(٣) .

١٦٨٦٩ - قلنا : هذا يطل بالهبة والحمام وما لا يقسم ؛ فإن الضرر فيه بنفسان التصرف أكثر ، ولا شفعة فيه ، والعروض فيها ضرر بأجرة القسام ولا أجرة بها .
١٦٨٧٠ - فإن قيل : الهبة لا تجب فيها الشفعة ؛ لأننا لو أوجبنا ما [أخذناها] ^(٤) .
بعوض ، وفي هذا ضرر بالموهوب له ، فلم يجوز إزالة الضرر بالضرر .

١٦٨٧١ - قلنا : كان يجب أن توجب الشفعة بقيمة الدار الموهوبة كما قال مالك ^(٥) .
لأن القيمة كالعوض ، ألا ترى أن الإنسان يهب ليعوض في العادة مثل ما وهب ؟ .
١٦٨٧٢ - قالوا : اعتبرتم المعاوضة بنهر المعاوضات ، واعتبرها الشافعي بمعاوضة غير مختصة ، واعتبار الشيء بجنسه أولى . ولأن حكم المهر حكم الثمن بدلالة أنه يرد بالعيب ويرجع به عند الاستحقاق ^(٦) .

(١) للمفوضة بنتع الواو هي التي زوّجها ولها من رجل من غير تسمية مهر ، وبكر الواو : هي التي روجت نفسها من رجل من غير تسمية مهر . والتفويض : هو التسليم ، وهو ترك المنازعة والمضاربة ويؤد به نحو مهر إلى الزوج وترك المنازعة في تقديره . انظر طلبة الطلبة ص ١٣٤ ، التصرفات ص ٢٧٨ .

(٢) انظر كتاب الهدايا في هذه المسألة بالتفصيل (١٥٥/٢) .

(٣) الحارثي الكبير (٢٤٩/٧) وفيه أنه معنى وضع لنفع الضرر عن المالك ؛ فوجب أن يثبت في الصنف كالد العيب .
(٤) ما بين المصنفين ساقط من (ن) .

(٥) انظر التفريع (٣٠٠/٢) وعبارته : « من وهب سهوا من جدار أو أرض مشتركة ففيها روايتان إحداهما : أن فيه الشفعة ، والأخرى : أنه ليس فيه شفعة » .

(٦) انظر هذا المعنى في الحارثي الكبير (٢٤٩/٧) حيث استدل الماوردي على قول الشافعي بوجوب الشفعة بهذه الواضحة بعد ذكر الحديث الشريف الذي لم يفرق بين شفعة وشفعة فقال : لأنه عقد معاوضة مجاز أن

حكم ما إذا كان بدل الشقص صدق امرأة أو خلع أو .. ٣٤٥١/٧

١٦٨٧٣ - قلنا : إذا كانت الشفعة نجب في البيع وهي معاوضة بصفة ، فمتى رأت انصفة فهو كروال المعاوضات . ألا ترى أن ارتفاع أحد وصفي العلة كارتفاعها ، فمتى ألحقنا النكاح بانهبات فقد أعطينا العلة حكمها عند وجود شروطها ، ورفعنا حكمها لارتفاع أحد الشرطين كما يرفع لزوال الشرط جميعا ، فأما الرد بالعيب فلا يستوى المهر والمبيع عندنا .

١٦٨٧٤ - لأن في البيع يرد بكل عيب ، والمهر يرد ببعض العيوب ، والبضع لا يرد بعيب أصلا ؛ فلم يسلم التساوى .

١٦٨٧٥ - ولأن الرد بالعيب والرجوع عند الاستحقاق حكم ثابت بين المعاوضين ، والنكاح معاوضة في حق الزوجين . والكلام في أنه هل يصير معاوضة في حق الشفع أم لا ؟ وقد ثبتنا في حق الشفع أنه [كالمملوك بغير عوض لأن السبب الذي به يقوم امعوض لا يوجد في حق الشفع] ^(١) فلا معنى لاعتبار أحكام المعاوضات بين الزوجين .

= ثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولأنه عقد يجري فيه الرد بالعيب موجب أن تثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولأنه معنى وضع لدفع الضرر عن الملك ؛ فوجب أن يثبت في الصداق كالد بالعيب . ولأن معنى يوجب روال اليد المستحقة عن المشتري موجب أن يستحق به إقباض اليد عن الصداق كالأستحقاق ، ولأن كل عقد استحق به إقباض الشفعة استحق به إقباض شفعة كالبيع ، ولأن كل قبض وجب في عقد الصداق بابه . أن في البيع تبين الأول : قبض المشتري من البائع . الثاني : قبض الشفع من المشتري ، ثم وجب في الصداق قبض الزوجة من الزوج ؛ فوجب قبض الشفع من الزوجة .

(١) ما بين المكوئين ساقط من (ع) ، (م) .



بم يأخذ الشفيع إذا اشترى المشتري الشقص بثمن مؤجل ؟

١٦٨٧٦ - قال أصحابنا : إذا اشترى بئمن مؤجل فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ بئمن حال ، وإن شاء يدع ، فإذا مضى الأجل أخذها ^(١) .

١٦٨٧٧ - وهو قول الشافعي رحمه الله في الجديد ^(٢) .

١٦٨٧٨ - وقال في القديم ^(٣) يأخذها بئمن مؤجل ، فإن كان الشفيع غير مليء ، طالبه تكفيل نفسه .

١٦٨٧٩ - وقال في الشروط ^(٤) يأخذها بسلمة تساوي ذلك الثمن بمثل ذلك

(١) انظر المبسوط (١٠٣/١٤) والهداية (٣٢/٤) البناء على الهداية (٥٢٣/٨) وحاشية الشلي على التبيين . وعبارة الزيلعي : وإذا ابتاع بئمن مؤجل ، فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بئمن حال ، وإن شاء صبر حتى يأخذها في الحال بئمن مؤجل .

(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٥٣/٧) قال الشافعي في الجديد : إن الشفيع لا يتجمل الشقص بالثمن المؤجل ، ويقال له : أنت مخير بين أن تتجمل الثمن فتتجمل أخذ الشقص ، وبين أن تصير إلى حلول الأجل فتبلغ الثمن وتأخذ الشقص . وقد وصف هذا الرأي صاحب مني المحتاج (٣٠١/٢) بالأظهر ، وصاحب لمذهب بالصحيح في (٣٧٨/١ - ٣٧٩) وانظر كذلك حلية العلماء (٢٧٨/٥ - ٢٧٩) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٥٣/٧) قال الإمام الشافعي في القديم : إن للشفيع أن يتجمل أخذها ويكون الثمن بدت إن كان ثمة ، وإن كان غير ثمة أقام ضميماً ثمة ، وقال الشافعي : وهذا أشبه بصلاح الماس . هو قول الشافعي في القديم وزفر بن الهذيل من الحنفية والمالكية والشافعية . تنبيه الخفائي (٢٤٩/٥) والمبسوط (١٠٣/١٤) وبدية المجتهد (٢٥٩/٢) والمدونة (٢٠٩/٣) والذخيرة (٣٤١/٧) والمفني مع الشرح الكبير (٥٠٧/٥) والشرح الكبير مع المفني (٥٢٣/٥) والمبدع (٢٢٥/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٤٦/٢) وعبارة ابن رشد : قال مالك : يأخذ به ذلك الأجل إذا كان مليئاً أو بآئني بئمن مليء ، وقال ابن قدامة : إذا كان الثمن مؤجلاً أخذ به الشفيع بذلك الأجل إن كان مليئاً ولا أقام ضميماً مليئاً وأخذ . وذهب الشافعي في قول ثالث أنه يأخذ بسلمة تساوي مائة إلى الأجل . انظر المذهب (٣٧٩/١) وحلية العلماء (٢٧٩/٥) نلاحظ أن الإمام القدوري ذكر عن الشافعية قريبين في القديم والجديد كما في الحاوي الكبير والرجوع إلى كتاب المذهب للشافعي وحلة الصعفاء للفضال الشافعي تبين لنا أن عدد الشافعية ثلاثة أقوال ، فوالان ذكرهما الإمام القدوري في تجريداه ، والقول الثالث ذكرناه آنفاً .

(٤) ذكر عبد اللطيف بن محمد رياضي راده عنه كتب تحمل هذا الاسم ، منها : الشروط الكبير لمحيى بكر من الحنفية ، والشروط الكبير والصغير لأبي زيد الشترطي ، والشروط الكبير والصغير في الأسكان

• يأخذ الشفع إذا اشترى المشتري الشقص بضمن مؤجل ؟ ٣٤٥٣/٧

الأجل^(١) .

١٦٨٨١ - لنا : أنها مدة ملحقة بالعقد ؛ فلا تثبت في حق الشفع كمدة الخيار .

١٦٨٨١ - ولأنه ملك سبب لم يشترط فيه التأجيل ، فلم يتأجل البذل في حقه كما لو كان في البيع بعض ملحق ، ولأنه تمليك بمثل الثمن ؛ فلا يثبت التأجيل من غير شرط كالتولية .

١٦٨٨٢ - ولأن الشفع يملكها بسبب حادث ، فلا يتأجل الثمن عليه كالوارث .

١٦٨٨٣ - وأما القول^(٢) الآخر : فلأن المبيع وقع بضمن فلا تجب الشفعة بالسلمة ؛ كما لو اشترى حالاً .

١٦٨٨٤ - ولأن السلعة لو اشترى بها لم يأخذ بها ، فإذا اشترى بعدها أولى .

١٦٨٨٥ - احتجوا : بأن الأجل صفة للثمن كالسود^(٣) .

١٦٨٨٦ - قلنا : الأجل [ليس]^(٤) بصفة بدلالة أن الثمن محل فيسقط ، ولو كان صفة لم محل للموصوف منه ، وإنما هو حق أثبتته البائع للمشتري في ماله فلا يثبت لغيره إلا برضاء من له الحق^(٥) .

١٦٨٨٧ - قالوا : أحد صفتي الثمن فكان للشفع الأخذ بها كالحلول^(٦) .

١٦٨٨٨ - قلنا : الأخذ بالحال لا يؤدي إلى الإضرار بالمشتري ؛ والأخذ بالأجل إضرار به ، لأن ماله يتأجل بغير اختياره .

١٦٨٨٩ - احتجوا للقول الآخر فقالوا : لا يجوز أن يأخذه بضمن حال ؛ لأنه إضرار بالشفع : يأخذ ما يساوي مائة إلا سنة بمائة نقدًا .

١٦٨٩٠ - ولا يجوز أن يأخذه إلى سنة ، لأنه إضرار بالمشتري ، ولا يجوز أن يخير

^١ للمصنف ، والشروط الكبير والصغير للطحاوي . انظر كتاب أسماء الكتب من ١٩٩ - ٢٠٠ .

(١) انظر المهذب (٣٧٩/١) حلية العلماء (٢٧٩/٥) .

(٢) في (ع) ، (م) : [قول يحذف الألف ولام] .

(٣) انظر المنهاج مع الشرح الكبير (٥٠٨/٥) والمهذب (٣٧٨/١ - ٣٧٩) . الحاوي الكبير (٣٥٣/٧) .

(٤) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) التأجيل والحلول صفتان تابعتان للثمن تغزل بضمن حال أو بضمن مؤجل .

(٦) انظر المجموع (٣١٤/١٤) والمنهاج مع الشرح الكبير (٥٠٨/٥) وعبارته « ولأن في الحلول زيادة على

التأجيل فلم يلزم الشفع كزيادة القدر » .

بين أن يؤخر الأجل أو يأخذه في الحال ، لأن حق الشفع في الأخذ لا تخيير فيه ، فلم يبق إلا أن يأخذه بالسلعة ^(١) .

١٦٨٩١ - قلنا : إذا كان الشفع لا يخير فيه بين التقديم والتأخير ، فكذلك الشفعة إذا وقع البيع [بالأثمان] ^(٢) لم يؤخذ بالسلع ، فلم يكن برد أحد الأمرين أولى من الآخر بل كان التخيير أولى .

١٦٨٩٢ - لأن الشفعة قد يتأخر أخذها إذا تعذر تعجيله بغية الشفع وغية المشتري عدنا / ؛ فجاز أن يوجد في مسائلنا إذا تعذر الأخذ في الحال . ولم يثبت في الأصول بنا قاله نظير ؛ لأن الشفعة لا تؤخذ بالسلعة ، وإن بيعت بها فأولى أن لا يؤخذ بها إذا بيعت بالأثمان .

(١) انظر للمذهب (٣٧٩/١) .

(٢) ما بين اسكودين ساقط من (ع) ، (م) .



هل تجب الشفعة للأخ والعلم أو للأخ فقط

١٦٨٩٣ - قال أصحابنا : إذا مات الرجل وترك ابنتين ودارًا فمات أحدهما وترك ابنتين فباع أحدهما نصيبه فأخوه وعمه في الشفعة [سواء] ^(١) .

١٦٨٩٤ - وهذا أحد قولي الشافعي ^(٢) .

وله قول آخر : أن الأخ أولى ^(٣) .

وكذلك لو اشترى رجل نصف دار فاشترى اثنان نصفها فباع أحدهما فشريكه أولى المشتري عنده ^(٤) .

١٦٨٩٥ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة للشريك الذي لم يقاسم » ^(٥)

(١) ما بين المعكوفين ساقط من جميع النسخ انظر كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن طلع الشريعة بالهند (٨٣/٣) وعبارته قال أبو حنيفة في رجل يورث الأرض نفرا من ولده فيكون بينهم ، ثم يولد لأحد الثغر أولاد ، ثم يهلك الأب الثاني فيبيع أحد ولد الميت الثاني حقه في تلك الأرض . إن جميع الشركاء في الأرض شركاء في الشفعة ، ولا يكون أحدهم أحد الشفعة من غيرهم ، لأنهم لم يقسموا . وبه قال الحاشية . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٢٤/٥) والشرح الكبير مع المغني (٥٤٣/٥) .

(٢) كتاب الأم (٣/٤) والحاوي الكبير (٢٥٥/٧) والمهذب (٣٨١/١) والنيب ص ١١٨ وروضة الطالبين (١٠٠/٥) حلية العلماء (٣٠٠/٥) قال الشيرازي في المهذب : وإن ورث رجلان من أبيهما دارًا ثم مات أحدهما وحلف أبين ، ثم باع أحد هذين الابنين حصته ، ففي الشفعة قولان : أحدهما : أن الشفعة بين الأخ والعلم وهو الصحيح ، وقال الشافعي واختاره المزني : لأنهما شريكان لمشتري ، فالشركاء في الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد . والقول الثاني : أنها للأخ دون العلم ، لأن الأخ أقرب إليه في الشركة ، لأنها ملكاه بسبب واحد وبسبب مشترك (٣) . انظر للمراجع السابقة في المواضع السابقة .

(٤) انظر الحاوي الكبير (٢٥٦/٧) وروضة الطالبين (١٠٠/٥ - ١٠١) وحلية العلماء (٣٠٠/٥ - ٣٠١) والمهذب (٣٨١/١) . قال الشيرازي : وإن كان بين ثلاثة أنفس دار ، فباع أحدهم نصيبه من رجلين وعما شريكه عن الشفعة ، ثم باع أحد المشتريين نصيبه فملى قولين ، أحدهما . أن الشفعة للمشتري الآخر ، لأنها ملكاه بسبب واحد ، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق للملك للمشتريين . والثاني : أنها بين الجميع لأن الجميع شركاء في حال وحسب الشفعة . وبه قال المالكية . انظر المدونة (٢٠٦/٣) والكامي (٤٤٠/٢) والحرشي (١٧٧/٦ - ١٧٨) ، والبيان والتحصيل لابن رشد الجدل (٨٦/١٢) .

(٥) هذا جزء من الحديث الذي سبق تخريجه ويان أقوال العلماء فيه ، إلا أنه ورد بلفظ آخر . وذكره بهذا اللفظ ابن عبد البر ، فقال . الشفعة في كل شرك لم يقسم . فأوجب الشفعة في الشاع وأطلقها في =

ولأنهم شركاء في نفس المبيع ، فكانوا شركاء في الشفعة كما لو ملكوا بسبب واحد^(١) .
 ١٦٨٩٦ - ولأن العم لو باع نصيبه كان لكل واحد منهما الشفعة ، وكل شريك
 ثبت لأحدهما الشفعة في نصيب شريكه ثبت لشريكه في نصيبه إذا [كان] ملكا
 بسبب واحد .

١٦٨٩٧ - احتجوا : بأن الأخوين ملكا بسبب واحد ، فمِلْكُ أحدهما إلى الآخر
 أقرب فكان أولى به ، كالشريك والجار^(٢) .
 ١٦٨٩٨ - وقلنا : قرب الملك واحد وإن اختلف الأسباب ، والشفعة تجب بقرب
 الملك لا بأسبابه^(٣) .

١٦٨٩٩ - قالوا : سببهما كالشيء الواحد بدلالة أن رجلاً لو أقام البيعة أن أحدهما
 غصبه أخذ نصيبه أونصيب عمهما ، فدل أنه كالشيء الواحد .

١٦٩٠٠ - قالوا : لو قُسمت الدار قسم للعم نصفها [ولهما نصفها]^(٤) .
 ١٦٩٠١ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الواجب قسمة نصيب كل واحد منهم وإفراجه عن
 نصيب الآخر ، فإن اختاروا جمع النصيبين ووقف ذلك على التراضي ؛ فيجوز أن يجمع
 نصيب الأخوين باختيارهما ، كما يجوز أن يجمع نصيب أحدهما إلى نصيب عمه
 باختياره .

= المقسوم . انظر التمهيد (٥٠/٧) . وقال ابن حجر في كتابه الدرر في تخريج أحاديث الهداية كتاب
 الشفعة (٢٠٢/٢) : لم نجده هكذا ، وإنما أخرجه مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال : قضى
 رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك ربة أو حائط . اهـ .

(١) للمنفى مع الشرح الكبير (٤٢٥/٥) .

(٢) ما بين المتكوتين ساقط من (٥) .

(٣) الخوازي الكبير (٢٥٥/٧) وعبارته : إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين : أحدهما : أنهما شركاء
 في سبب ملكه ، وتجر العم عنهما بسببه ، فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم للفرد
 بسببه . والثاني : أن ملك الأخوين كان مجتمعاً في حياة العم وقد يجري عليه حكم الاجتماع بعد موت
 الأب ، ألا ترى أنه لو ظهر على الأب دين تعلق بالنسحين ولم يتعلق بسهم العم ؟

(٤) انظر هذا الدليل في المنفى مع الشرح الكبير (٥٢٥/٥) .

(٥) ما بين المتكوتين ساقط من (٥) . انظر هذا الدليل في الخوازي الكبير (٢٥٥/٧) .



هل الشفعة بين الشركاء على عدد الرؤوس أم على مقادير الأنصبة ؟

- ١٦٩٠٢ - قال أصحابنا : الشفعة بين الشركاء على عدد الرؤوس ^(١) .
- ١٦٩٠٣ - وهو أحد قولي الشافعي ^(٢) . وقال في القول الآخر : إنها على مقادير الأنصبة ^(٣) .
- ١٦٩٠٤ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة للشريك الذي لم يقاسم » ^(٤) . وهذا يقتضي تعلقها باسم الشركة ، وقد تساووا في ذلك .
- ١٦٩٠٥ - ولأن كل واحد منهما لو انفرد استحق الجميع قل أو كثر بالسبب الذي يستحق به صاحبه ، وإذا اشتركا تساويا ، أصله ميراث الأبوين وعكسه الدينين المتفاضلين .

(١) انظر كتاب الحجة (٨٥/٣) وبإدخال الصنائع (٥/٥) والمبسوط (٩٧/١٤) ومختصر الطحاوي ص ١٢١ (٢٥/٤) وتبيين الحقائق (٢٤١/٥) ، وبه قال الحنابلة في رواية واختاره ابن عقيل . للمغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) .

(٢) معني المحتاج (٣٠٥/٢) وحلية العلماء (٢٩١/٥ - ٣٠٠) والمهذب (٣٨١/١) وهو قول ابن أبي بنية وابن شبرمة والثوري .

(٣) معني المحتاج (٣٠٥/٢) والمهذب (٣٨١/١) جاء في معني المحتاج : ولو استحق الشفعة جمع من الشركاء أخذوا بها في الأظهر على قدر الحصص من الملك ، فلو كانت الأرض بين ثلاثة لواحد نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، فباع الأول حصته ، أخذ الثاني سهمين ، والثالث سهما . وفي قول : أخذوا على قدر الرؤوس التي للشركاء ، فيقسم النصف في المثال المذكور بين الشريكين سواء ، لأن سبب الشفعة أصل الشركة ، واختار هذا جمع من المتأخرين ، بل قال الإسوي : إن الأول خلاف مذهب الشافعي . وبه قال المالكية انظر بداية المجتهد (٢٦٠/٢) والتفريع (٢٩٩/٢) والذخيرة (٣٣٣/٧) والكنافي ص ١٤٤ .

وعند الحنابلة هو الصحيح في المذهب ، واختاره أبو بكر . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) والمبدع (٣١٣/٥) والإيضاح (٢٧٥/٦) . وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين : الأول : أنها على قدر الرؤوس ، وبه قال الحنفية والشافعية في قول ، وهو قول لمزني والحنابلة في رواية . الثاني : أنها على قدر الحصص ، وبه قال المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في رواية ، وقالوا : هو الصحيح في المذهب . انظر الرامح السابقة في المواضع السابقة .

(٤) سبق تفريع الحديث .

١٦٩٠٦ - ولا يلزم الفارس والراجل ^(١) في القيمة ^(٢) ؛ لأن الفارس لا يستحق بالسب الذي يستحق به الراجل ؛ لأن الفارس يستحق بنفسه وفرسه والراجل يستحق بنفسه .

١٦٩٠٧ - ولا يلزم إذا ترك مائة وعليه لرجل مائة وآخر مائتان ؛ لأن صاحب المائة لا يستحق جميع التركة قُلت أو كثرت .

١٦٩٠٨ - ولا يلزم العبد بجني جنايتين مختلفتين ؛ لأن ولي الحماية لا يستحق لعبد وإنما يستحق الأرض ، وللمولى إسقاط ذلك عن نفسه بتسليم العبد ؛ فلم يصح أن يقال كل واحد منهم يستحق جميعه عند الانفرد .

١٦٩٠٩ - ولا يلزم الأب والابن والبنات وبنت الابن ؛ لأنهم لا يستحقون [بسبب واحد . ألا ترى أن الأبوة ليست البنوة ، والبنات تذكر به وبنت الابن تذكر بانه فاختلف سببهما ؟ .

١٦٩١٠ - ولأنه مستحق [^(٣) الشفعة فاستحق عند قلة النصيب ما استحقه عند كثرت . أصله : إذا انفرد .

١٦٩١١ - ولأنهما شريكان اشتراكا في أخذ مشفوع ، فوجب أن يتساويا في ثلر الامتحاق . أصله : إذا اشترى نصيبها وانفرد أحدهما بالشركة في حق المبيع .

١٦٩١٢ - فإن قيل : نقلب فنقول : فوجب أن يستحقا بقدر نصيبه .

١٦٩١٣ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الشريك في الطريق استحق النصف ، وقد زادت شركته على شركة الآخر ، ولأنه قد ثبت لهما حق الملك ببيع مطلق فوجب أن يتساويا في التمليك ، كما لو وجب البيع لهما .

١٦٩١٤ - احتجوا : بأنه حق مستفاد بالملك ، فوجب أن يتقسط حال الاشتراك

(١) اتفق الفقهاء على أنه إذا كان المقاتل رجلاً يأخذ سهماً واحداً من الفينة . واعتلوا في مقدار استحقاق الفارس في الفينة : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الفارس يستحق السهمين : سهم لفارسه ، وسهم له ، وذهب أصحابنا من الحنفية والإمام مالك والشافعي وأحمد إلى أن الفارس يعطي ثلاثة أسهم : سهمان بسبب فرسه ؛ وسهم بسبب نفسه . والسيب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للأثر ، انظر الاختيار (٣٢٦/٣) والهداية (١٤٦/٢) وبداية المجتهد (٣٩٤/١) والمهذب (٢٤٥/٢) والخفي مع الشرح الكبير (٤٣٤/١٠) .
(٢) القيمة لغة : مأخوذة من غنمت الشيء أصممه شيئاً أي أصبته غنيمته ومنه ما والجمع غنائم ، وهي ما يأخذه المسلمون من أموال الكفار . وفي الاصطلاح : اسم لما يأخذ من أموال أعدائهم على وجه القهر والبطية . انظر المعجم المبر (٥٤٥/٢) ولسان العرب (٣٣٠٧/٥) وطلبة الطلبة ص ١٨٨ والاختيار لتلخيص المختار (٣٢٢/٣) .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

هل الشفعة بين الشركاء على عدد الرؤوس أم على مقادير الأنصبة ؟ ٣٤٥٩/٧
على قدر الملك كالثمار والنتاج وغلة العقار (١) .

١٦٩١٥ - قلنا : لا نسلم أنه حق يجب بالملك ، وإنما يجب بمعنى يوجد بوجود ملك مخصوص ، وهو خوف التأذي على وجه الدوام ، ولهذا تجب الشفعة للمكاتب ولا ملك له ، ولا يجب في العروض مع وجود الملك ؛ لفقد التأذي فيها على وجه الدوام .
١٦٩١٦ - وقولهم : المكاتب مستحق للشفعة بالملك وإن كان غير مالك لا يصح ، لأن المعتبر استحقاق المالك في الملك عندهم . لولا ذلك استحققت الشفعة بالوقف ، لأنه ملك ولكن لا مالك له .

١٦٩١٧ - فإن قال مخالفنا أن الشفعة تستحق بالملك لم نسلم له ، وإن قال بمعنى يوجد بوجود الملك ، قلنا لم يوجد في الأصل ، أوبطل بعيد بين ثلاثة ، لأحدهما النصف وللآخر السدس ؛ اعتق صاحب النصف والسدس نصيبهما معاً ؛ انتقل الثلث إليهما نصفين ولم يتقسط على قدر ملكهما .

١٦٩١٨ - فإن قالوا : الضمان ههنا بالجناية فتقسمها على عدد الجناة .

١٦٩١٩ - قلنا : لسنا نلزمكم الضمان ، وإنما نلزمكم انتقال نصيب صاحب الثلث إلى المعتق ، والانتقال يوجد عند الشافعي قبل الضمان ، ثم يكون الضمان بقدر المنتقل .
١٦٩٢٠ - فم يصح قولهم إنه ضمان متعلق بالجناية ثم قول مخالفنا ، فوجب أن يتقسط على قدر الملك عند الاشتراك . يقال له : إن أردت أنه يتقسط بقدر الملك عند الثبوت والوجوب لم يصح ؛ لأن كل واحد من الشريكين ثبت حقه في جميع الشقص .
١٦٩٢١ - وإنما ينتقص بالمزاحمة ؛ بدلالة أن أحد الشريكين لو ترك أخذ الآخر الجميع . وإن أراد الحق ثبت بقدر الملك عند المضايقة والمزاحمة ، لأن حق كل واحد من الشريكين من الثمار لم يثبت إلا في مقدار ملكه ، ولم يثبت له حق فيما يخص الآخر بمال . وهذه الطريقة هي الفرق . وذلك لأن الشفيعين كل واحد منهما ثبت حقه في جميع المشفوع بكل سببين متماثلين ، فتعلق حق كل واحد منهما بمثل ما تعلق به حق الآخر فتساويا ، والتناء يخالف ذلك .

١٦٩٢٢ - ولأن الولد والشر متولد من الملك فانقسم على قدره ، والشفعة تستحق بمعنى متساو يعتبر فيه الملك ، فصار كالوصية للحيران ، أن يكون صاحب القليل والكثير

(١) انظر المهلب (٣٨١/١) وعبارته : لأنه حق يستحق بسبب ملك فينقسم عد الاشتراك على قدر الأملاك . كاجرة الدكان ، ونمرة البستان ، ونظر أيضاً في المنهي مع اشرح الكبير (٥٢٣/٥) .

سواء ، وإن اختلف ملكهما .

١٦٩٢٣ - قالوا : تخصيص الشفعة بالملك أقوى وأكد من تخصيص النماء ، بدلالة أن النماء يستحقه عن المالك بالوصية [به ^(١)] والشفعة لا تستحق إلا بقدر الملك ، فإذا كان النماء على قدر الملك فلأن تكون الشفعة على قدر الملك أولى ^(٢) .

١٦٩٢٤ - قلنا : يبطل بانتقال نصيب الشريك إلى المعتقن على ما قررنا ؛ فإنه يختص بالملك ثم لا ينتقل على قدر اختصاص الشفعة ، فلم يمنع أن يستحق بها عند الانفراد الجميع ؛ فالنماء الذي يختص بالملك لا يستحق فيه الجميع فكذلك عند الاجتماع لا يمنع أن يستحق الشفص ^(٣) [و ^(٤)] المشفوع مالا يستحق من النماء ^(٥) والغلة .

(٢) انظر للفتي مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) .

(٤) ما بين المكورين ساطع من (ع) ، (٢) .

(١) ما بين المكورين ساطع من (ن) .

(٣) في (ع) ، (م) : [القص] .

(٥) في (ن) : [الضار] .



هل تسقط الشفعة بموت الشفيع

١٦٩٢٥ - قال أصحابنا : إذا مات الشفيع سقطت شفعته ، ولم تنتقل إلى وارثه ^(١) .

١٦٩٢٦ - وقال الشافعي رحمه الله : تنقل إلى وارثه ^(٢) . ونقل المزني : أنها بينهم على عدد الرؤوس : الزوجة والابن سواء ^(٣) .

١٦٩٢٧ - وقال ابن سريج والمروزي ^(٤) : تنتقل على قدر موارثهم ^(٥) .

١٦٩٢٨ - لنا : أنه خيار الاستحقاق بالثمن ، فوجب أن لا يورث ، كخيار القبول

(١) مختصر الطحاوي ص ١٢٢ والمبسوط (١١٦/١٤) والهداية (٣٨/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٧/٥) ربائع الصالح (٢٢/٥) والفتاوى الهندية (١٩٨/٥) .

(٢) بحوي الكبير (٢٥٧/٧) والمهذب (٣٨٣/١) ومختصر المزني (٥٢/٣) وروضة الطالبين (١٠١/٥) .
 وبه قال المالكية . انظر بداية المجتهد (٢٦٣/٢) والذخيرة (٢٧٥/٧) والكنافي ص ٤٤٣ . أما قول الحنابلة : صدمهم تنصبل ، فقالوا : إن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين : أحدهما : أن يموت قبل الطلب بها فسقط ، ولا تنتقل إلى الورثة ، قال الإمام أحمد : الموت يطل الشفعة إذا لم يطلب ، فلا تجب إلا أن يشهد أي على حقي من كذا وكذا ، فإن مات بعدها كان لوارثه الطلب به . وخرج أبو الخطاب بأنه يورث .
 والحال الثاني : إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً . انظر المفتي مع الشرح الكبير (٥٣٦/٥ - ٥٣٧) والشرح الكبير مع المفتي (٥١٦/٥ - ٥١٧) والمذبح (٢٢٢/٥ - ٢٢٣) والإنصاف (٢٩٧/٦) .

(٣) قال الشافعي رحمه الله : لورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذ أبوهم بينهم على المدد ، امرأته وابنه في ذلك سواء ، قال المزني : هذا يؤكد ما قلت أيضاً ، انظر مختصر المزني (٥٢/٣) والحاوي الكبير (٢٥٧/٧) .
 (٤) في جميع المسح المزيدي . الصواب ما أثبتناه وقد سبق ترجمته .

(٥) هذا هو القول الثاني : أنها مقسمة بينهم على قدر موارثهم ، للزوجة ثلثها ، وللان الباقي . وهذا إذا كان موت الشفيع قبل البيع . وإن كان موت الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع ، وانتقلت عنه الموت إلى ورثته ، ويستوي فيها الوارث بسبب وسبب ، وهي بينهم على قدر موارثهم لزوجته الثلث والباقي للابن قولاً واحداً . هذا ما قاله الماوردي في الحاوي الكبير (٢٥٩/٧) . وقال الشافعي في حلية العلماء (٣١٦/٥ - ٣١٧) : إن مات الشفيع بعد الأخذ فمن أصحابنا من قال : يفرق الشفعة على حسب فروضهم من التركة قولاً واحداً ، وإن مات قبل الأخذ فمن أصحابنا من قال يكون على عدد الرؤوس ومنهم من قال على قدر الأنساء .

في البيع والتولية .

١٦٩٢٩ - ولأنه خيار لاستجلاب مال كخيار القبول . ولا يلزم خيار العيب . في
يثبت لاستدراك السلامة .

١٦٩٣٠ - ولأنه خيار تملك كخيار القبول وخيار الخيرة .

١٦٩٣١ - فإن قيل : المعنى في خيار القبول أنه ليس بثابت ، بدلالة أن من أوصى
بملك أن يرجع عنه ^(١) ، وخيار الشفعة ثابت ، بدلالة أن من ثبت عليه لا يملك
إسقاطه .

١٦٩٣٢ - قلنا : خيار الشفعة ليس بثابت بدلالة أنه يطل بالسكوت ويروا ملك
عن الشقص الذي به شفع ، فإن فرقوا بالثبوت لم تسلم ذلك ، فإنهم ذكروا إحدى
علامات الثبوت ، وإن جعلوا التفسير فرقاً ، فقالوا : الشفعة لا تملك من يشتع به
إسقاطها . قلنا باطل بالرد بالعيب ^(٢) .

١٦٩٣٣ - لأن البائع يملك إسقاطه بأن يجنى على المبيع في يد المشتري ، ومع ذلك
ينتقل إلى الوارث ، ولا تملك المرأة إسقاط حق الزوج عن نفسها ، ولا يورث .

١٦٩٣٤ - ولأن الوارث لا يستحق الشفعة حال إبرام العقد فلم يستحق له بذلك
العقد أبداً ، أصله وارث الجار والموصى له .

١٦٩٣٥ - ولأن الشقص الذي تثبت به الشفعة كان ملكاً لغيره ، فلم يستحق منه
الشفعة . أصله المشتري والموصى له . ولأن الوارث أخذها لنفسه ، فملكه حادث ،
كمالك الموصى له ، وإن أخذها للميت فقد زال ملك الميت عما يشفع به ، فصار كمن
باع نصيبه بعد وجوب الشفعة .

١٦٩٣٦ - فإن قيل : لا يستحق الوارث لجوار مستحدث ، وإنما ترك الدار بحقوقها .

١٦٩٣٧ - قلنا : فالسؤال باق ، إلا أننا نقول : إذا ورث هذا الحق لم يحل أن
يأخذها لنفسه وللميت .

(١) هكذا في (م) وفي باقي النسخ عليه . والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) ، (د) .

(٢) قال الماوردي أما الجواب عن قياسهم على خيار البدل والقبول فهو : أنه متضمن بخيار الرد بالعيب .
جواب البدل والقبول بحوز أن يورث ، لولا أنه مستحق على العور ، فكان بطلان ميراثه لقراسي زمانه لاستحقة
لذته ، ثم المعنى في خيار القبول أنه لا لم يحر أن يستيب المبدول له من يقبل عنه لم ينتقل إلى ورثته ، ولا حذر
أن يستيب الشفع من يطلب عنه انتقل إلى وارثه . انظر الجاوي (٢٥٨/٧)

١٦٩٤٨ - قالوا : من ورث مالا ورثه بحقوقه ؛ بدلالة أن من ورث أرضا ورثه بحقوقها ، ومن ورث دينًا به رهن ورث الرهن ، وكذلك لما ورث الشقص ورثه حقه الذي هو الشفعة ^(١) .

١٦٩٤٩ - قلنا : لا نسلم أن الشفعة من حقوق الشقص وإنما هو يثبت للمالك بسبب الملك ، كما ثبت له جواز التصرف فيه .

١٦٩٥٠ - وأما حقوق الدار فهي ملك لصاحبه فيورث كنفس الدار ، وأما الرهن والكفالة ففيهما معنى المال ؛ لأن الرهن يستوفى الدين منه عند الفس ، والكميل يؤخذ المال منه .

١٦٩٥١ - والحقوق التي فيها معنى المال تورث ، وحق الشفعة ليس فيه معنى المال ، وإنما هو سبب للتملك بعوض [كالتبويل] في الشراء [والإقالة] ^(٢) .

١٦٩٥٢ - قالوا : الشفعة لإزالة الضرر كالتقصص ، ثم ثبت أن التقصص يورث كذلك الشفعة ^(٣) .

١٦٩٥٣ - قلنا : التقصص فيه معنى المال ، بدلالة أنه إذا سقط بشبهة وجب انال . وحق الشفعة بخلاف ذلك .

١٦٩٥٤ - قالوا : الشفعة تعلقت بشقصين : المبيع ، والمشفوع ، ثم انتقل الملك إلى وارث المشتري لا يسقط الشفعة ، كذلك انتقال الشقص المشفوع لا يسقط الشفعة ^(٤) .

١٦٩٥٥ - قلنا : الشفعة حق [على] ^(٥) المشتري ، وليس إذا لم يسقط الحق بموت من عليه الحق لم يسقط بموت المستحق ، كما أن الأجل يسقط بموت المستحق له ولا يسقط بموت صاحب الدين .

(١) الحارثي الكبير (٢٥٧/٧) وحارثه : ولأن الشفعة من حقوق الملك ؛ فوجب أن تكون مورثة مع الملك . كطرق الأملاك ومراقبها ، والرهن في الديون وضمانها .

(٢) ما بين المكوئين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتته كما في (ن) .

(٣) انظر هذا المعنى في الحارثي الكبير (٢٥٨/٧) .

(٤) لم نثر على هذا الدليل في كتب الشافعية ، ثم إن الشفعة لم تملك إلا بشقص واحد ، وهو نوع من المشفوع ؛ لأن المبيع هو المشفوع ، والمشفوع هو المبيع إلا أنه انتقلت الملكية بموت صاحبه إلى ورثه عنه من يتولون به . وهناك دليل آخر ذكره الماوردي في الحارثي وهو : وما سقط به التكليف لم يطل به التمسك كالجنون . انظر الحارثي الكبير (٢٥٧/٧) .

(٥) ما بين المكوئين ساقط من (ع) ، (م) .

هل تسقط الشفعة بموت الشفيع ٣٤٦٥/٧

١٦٩٥٦ - ولأن زوال ملك المشتري بالبيع لا يسقط الشفعة عنه ، فكذلك انتقال الملك بموته . ولما سقطت الشفعة زال ملك الشفيع في حال حياته ، كذلك إذا زال بموته .
١٦٩٥٧ - فإن قيل : إذا باع فقد رضي بإسقاط حقه فسقط بإسقاطه ، وإذا مات فلم يرض بإسقاطه حقه فلم يسقط .
١٦٩٥٨ - قلنا : لو زال ملكه في حال حياته بغير اختياره ، مثل أن يبيها الحاكم سقطت الشفعة ، وإن كان لم يرض بإسقاط حقه .

**حكم تلف الشقص المشفوع**

١٦٩٥٩ - [قال] ^(١) أصحابنا : إذا انهدم البناء وخذت النقص بأقفة من السماء [أو] ^(٢) احترق فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذ الباقي بكل الثمن ، وإن شاء تركه ، وإن ذهب بفعل آدمي أخذها الشفيع بحصتها إن شاء ، ولا يأخذ البناء المنقوض ^(٣) .

١٦٩٦٠ - واختلف قول الشافعي رحمته الله في هذا ^(٤) ، فاختلف أصحابه في توجيه قوله على طرق ^(٥) ، إلا أن ظاهر مذهبه إذا احترق البناء أنه على قولين :

- (١) ما بين للمكوفين ساقط من (ص) [والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة] .
- (٢) ما بين للمكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
- (٣) الهداية (٣٣/٤) وتبيين الحقائق (٢٥١/٥) والمبسوط (١١١/١٤ - ١١٢) وبتائع الصنائع (٢٨/٥) .
وبه قال أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة . المعني مع الشرح الكبير (٥٠٣/٥) .
- (٤) الحاروي الكبير (٢٦٥/٧) وروضة الطالبين (٨٩/٥) والمهذب (٣٧٨/١) ففي الحاروي قال الشافعي : لو أصابها هدم من السماء : إما أخذ الكل بالثمن ، وإما ترك . قال الماوردي : وصورتها في رجل اشترى شقصاً من دار فانهدمت بجائحة أو جناية أو شقصاً من أرض فأخذ السيل بعضها ، فالذي نقله الرمي هما وقاله في القديم وفي كتاب التفسير من كتبه الجديدة : إن الشفيع مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يدع ، وقال الشافعي في القديم : يأخذ الباقي بحصته من الثمن .
- (٥) قال الماوردي واختلف أصحابنا في اختلاف هذين الثقلين على خمسة مذاهب :
أحدها وهو قول أبي طيب بن أبي سلمة وأبي حفص بن الوكيل : أن المسألة لاختلاف النقل على قولين : أحدهما : أن يأخذ الباقي بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع بجائحة أو جناية ، كان للمشتري إذا احتار الإضياء أن يأخذ بجميع الثمن ، كذلك حال الشفعة . القول الثاني : أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ؛ لأن ما تناوله الصفقة بالثمن مقسط على أحراره ، كما لو اشترى مع الشقص شيئاً أخذ بحصته من الثمن . للذهب الثاني : هو مذهب أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن فولاً واحداً للذهب الثالث هو قول ابن علي بن أبي هريرة : بأنه محمول على اختلاف حالين ، فالموضع الذي يأخذ به بكل الثمن إذا ذهبت الأتار وكانت أعيان الآلة والبناء باقية ، والموضع الذي يأخذ به حصته من الثمن ، إذا كانت أعيان الآلة والبناء تافهة . للمذهب الرابع : أنه محمول على اختلاف حالين من غير هذا الوجه ، فالموضع الذي يأخذ به بكل الثمن إذا هدمه بفعل آدمي ، والموضع الذي يأخذ به حصته من الثمن ، إذا كان هدمه بجائحة سملوية . لأنه في هدم الأدمي قد يرجع عليه بأرش النقص ، فلذلك أخذها بجميع الثمن ، وفي جائحة السماء ليس يرجع بأرش النقص ، فذهب أخذها بحصته من الثمن . المذهب الخامس : أنه على اختلاف حالين من غير هذا الوجه ، فالموضع الذي يأخذ به بكل الثمن إذا كانت العروة باقية ، وإن تلفت الآلة والموضع الذي يأخذ به حصته من الثمن إذا ذهبت بعض العروة بسيل أو غرق ؛ لأن العروة المنصوبة والآلة تبع . انظر الحاروي (٢٦٥/٧ - ٢٦٦) .

- ١٦٩٦١ - أحدهما : يأخذ الباقي بكل الثمن . والآخر : يأخذ بحصته .
وسهم من قال : إذا هدمه آدمى على قولين .
- ١٦٩٦٢ - واختلفوا في الأقباض ، فمنهم من قال : يأخذها مع العروة بالشفعة .
١٦٩٦٣ - ومنهم من قال : لا يأخذها .
- ١٦٩٦٤ - وقال الشافعي متكلمًا عن أبي حنيفة رحمته : إن ذهب بفعل آدمى أخذه بالحصّة ، وإن ذهب بأقّة سماوية أخذه بكل الثمن ، ثم ناقض هذا فقال : وإن غرقت بعض العروة أخذ الباقي بكل الثمن أو تركه ^(١) .
- ١٦٩٦٥ - الدليل على أن الشفيع لا يأخذ النقض : أنه منقول منفصل عن المشفوع ، فلا يؤخذ ^(٢) بالشفعة كالثمرة إذا انفصلت .
- ١٦٩٦٦ - وإما قلنا إنه يأخذ بكل الثمن إذا ذهب بأقّة من السماء أنه نقص حصص بغير فعل آدمي ، فأشبه إذا دخله في يد المشتري عطب بتشقيق الحيطان أو وهن السقوف .
- ١٦٩٦٧ - ولأنه يأخذها بالثمن الآجل فم يحطّ عنه شيء لنقص بغير فعل آدمي . أصله المشتري تولية .
- ١٦٩٦٨ - واعتمد أصحابنا في هذا على المبيع في يد البائع ، فقال مخالفنا : هو على قولين أيضًا ^(٣) .
- ١٦٩٦٩ - والدليل على أن البناء [إذا هلك] ^(٤) بفعل المشتري أو أجنبي سقطت

(١) وذهب للملكية إلى أنه لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنه من هدم أو حرق أو غرق أو ما عار من جرّ أو عن ، ولا يحطّ الشفيع بذلك شيئًا من الثمن لئلا تتفرق الصفقة ولا ضرر عليه ، لأنه يجر : إما يأخذ بجميع الثمن ، أو ترك ، وكذلك لو هدم المبتاع الثابت لبيته أو يوسع فيه : فإما أخذه مهلوثًا مع نقضه بالنس ، أو ترك فلا يضر المبتاع بغير عرض يحدث له . انظر المخيرة (٣٥٧/٧ - ٣٥٨) والمتقى (٢١٢/٦)

وخاشية الدسوقي (٤٩٤/٣) . وذهب الخبابة إلى ما ذهب إليه الشافعية في قول أنه إذا تلف الشفع أو بعضه في يد المشتري أو بعضه في يد المشتري فهو في ضمانه لأنه . ولكنه تلف في يده ، ثم إن أرد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان اتلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كنقصه للبناء ، أو بغير اختياره مثل : أن انهدم . ثم إن كانت الأقباض موجودة أحقها مع العروة بالحصّة ، وإن كانت معدومة أخذ العروة وما بقي من البناء . هذا ظاهر كلام أحمد في رواية . انظر

النهي مع الشرح الكبير (٥٠٣/٥) والمبدع (٢١٦/٥) والكافي (٤٣١/٢) .

(٢) هكذا في (ص) وفي باقي السبع فلا يؤخذ مني للمجهول .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٢٦٥/٧ - ٢٦٦) . (٤) ما بين المكونين سائط من (٤) .

حصته ، أن العقد يتناول شيئين ، فإذا أخذ الشفيع أحدهما لم يبق الباقي للمشتري بغير شيء . أصله : إذا اشترى شققاً وثوباً .

١٦٩٧٠ - ولأن المشتري ألتف بعض المبيع ؛ فكان للشفيع أخذ الباقي بالحصصة أصله : إذا أكل الثمرة .

١٦٩٧١ احتجوا على أنه يأخذ الباقي بالحصصة : أنه أخذ بالشفعة بعض ما تولى الصفقة فوجب أن يكون بالحصصة من الثمن ، كما لو اشترى شققاً وسيفاً ^(١) .

١٦٩٧٢ - قلنا : لا نسلم أن للبناء حصصة بالعقد ، وإنما الثمن في مقابلة العرصة ^(٢) والبناء لا حصصة لها ، ولا يقابلها عوض إلا أن ينفصل بفعل مضمون . وإن كان جميع الثمن في مقابلة العرصة لم يصح قولهم أنه يأخذها بالحصصة ولا حصصة هناك منقصة ، وإنما الثمن كله في مقابلة العرصة . وأصلهم : إذا ابتاع شيئين وهلك أحدهما فالثمن ينقسم عليهما . وهنا البناء تابع ، فالبدل في مقابلة المشفوع دون البيع .

١٦٩٧٣ - قالوا : الشفيع يأخذ بما قابل المبيع من الثمن ^(٣) .

١٦٩٧٤ - قلنا : كذلك نقول في الثمن كله مقابل للعرصة ، فقد قلنا بموجب كلامهم .

١٦٩٧٥ - قالوا : الدليل على أن يأخذ الأتقاض أنه يقبلها بالثمن الذي وقع المبيع عليه والاستحقاق وجب [له ضمن] ^(٤) العقد ، فكان له أخذ كل ما يتأوله عقد البيع ^(٥) .

١٦٩٧٦ - قلنا : الأبنية متعلق بها الشفعة لاتصالها بالعرصة ، فإذا انتهكت زال المعنى الذي أوجب استحقاقها فصارت كالمقبوض حال العقد .

١٦٩٧٧ - وما قاله الشافعي يكتفي مناقضة على صورة المسألة ، ويجب أن تكون المناقضة على معنى . فأما قوله : إذا غرقت العرصة أخذ الباقي بالحصصة فهو سهو منه ؛ لأن

(١) انظر هذا المعنى في الحارثي الكبير (٢٦٦/٧) والمضي مع الشرح الكبير (٥٠٤/٥) والمهذب (٢٧٨/١) .

(٢) العرصة ساحة الدار ، وهي بقعة واسعة ، ليس فيها بناء ، والجمع عراص ، مثل كنية وكلاب وعراصات ، مثل سحلة وسحلات . قال أبو منصور الثعالبي في كتابه فقه اللغة : كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة . وفي التهذيب : سميت ساحة الدار عرصة ، لأن الصبيان يتحرصون فيها أي يلعبون ويترحون فيها . انظر المصباح للمع

(٣) (٥٥٠/٢) والصحاح للجوهري (١٠٤٤/٣) فصل المين باب الصاد ، لسان العرب (٦٨٨٣/٤) .

(٤) (٣٧٨/١) والمهذب (٣٧٨/١) وعبارته لأن الذي يقابل الثمن أجزاء المين وهي باقية وإن تلت بعض الأجزاء من الآخر والمشتب أنه بالحصصة ؛ لأنه تلف بعض يقابله الثمن ، فأخذ الباقي بالحصصة .

(٥) ما بين المكونين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) انظر للمضي مع الشرح الكبير (٥٠٤/٥) .

حكم تلف الشفص المشفوع ٢٤٦٩/٧

الرممة لا تذهب بالفرق ، وهو مخير عندنا : إن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك^(١) .

• • •

(١) انظر المسوط (١١١/١٤ - ١١٢) والحارثي الكحل (٢٦٦/٧) .



حكم ما لو بنى المشتري أو غرس في الشقص الذي اشتراه

١٦٩٧٨ - قال أصحابنا : إذا بنى المشتري أو غرس كان للشفيع نقض البناء والغرس [أو أخذ المبيع باليمن ^(١)] ، وإن شاء غرم له قيمة البناء والغرس مقلوفاً وأخذ ^(٢) .
١٦٩٧٩ - وقال الشافعي : الشفيع بالخيار : إن شاء أخذ باليمن وبقية البناء والغرس ، وإن شاء ألزم المشتري القلع بشرط أن يضمن له نقصان ، وإن شاء ترك الشفعة ^(٣) .

١٦٩٨٠ - لما : أن الشفيع له حق في استحقاق يد المشتري بعد البناء والغرس بغير رضائه ، ولا رضا من قام مقامه ، فوجب أن يكون له نقض البناء وقلع الغرس من غير ضمان . أصله : المستحق .

١٦٩٨١ - ولا يلزم المقبوض على وجه فاسد إذا بنى فيه . ومن اشترى داراً بعد

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ ، فيأخذ الأرض فارغة . انظر التبيين (٢٥٠/٥) .

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢٣ والمبسوط (١١٤/١٤) وتبيين الحقائق (٢٥٠/٥) والهداية (٣٣/٤) . قال المرزباني : وإذا بنى المشتري فيها أو غرس لم يضمن للشفيع فيها بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أحدهما بالنسبة لقيمة البناء والغرس ، وإن شاء كلف المشتري قلمه .

(٣) الأهم (٢٣٤/٣) ومختصر الزمعي مع الأهم (٥٢/٣) وحلية العلماء (٢٧٦/٥ - ٢٧٧) والمذهب (٣٨٢/١) والحاوي الكبير (٢٦٦/٧ - ٢٧٧) ورزى أصحاب الإمام عن الإمام أبي يوسف مثل قول الشافعي ، وبه قال الإمام مالك ، والإمام أحمد . انظر الهداية (٣٣/٤) والمبسوط (١١٤/١٤) وتبيين الحقائق (٢٥٠/٥) . وبداية المجتهد (٢٦٤/٢) وحاشية المسوقي (٤٩٤/٣) والمذني مع الشرح الكبير (٥٠١/٥ - ٥٠١) والإنصاف (٢٩٢/٦) ففي المبسوط روي أصحاب الإمام عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشتري ، ولكنه يأخذ باليمن وقيمة البناء منبأ إن شاء . وفي بداية المجتهد : إذا أحدث المشتري بناء أو غرس ما يملسه في الشقص قبل قيام الشفيع لم يملك الشفيع بطلب شفعة ملا شفعة ، إلا أن يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس . وقال ابن قدامة : إذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بناءه ، إلا أن يشاء للمشتري أن يأخذ ببناءه ، فله هذا ، إذا لم يكن في أخذه ضرر . وسبب اختلاف العلماء في هذه المسألة كما قال ابن رشد : هو تردد تصرف المشفوع عليه تصرف المأصوب ، وتصرف المشتري الذي يملكه عليه الاستحقاق ، وقد بنى في الأرض وغرس . وذلك أنه وسط بينهما ، ثم من غلب عليه شبه التعدي كان إنه يأخذ به بنقصه ، أو يعطيه قيمته منقوصاً . انظر بداية المجتهد (٣٦٤/٢) .

حكم ما لو بنى المشتري أو غرس في الشقص الذي اشتراه ٣٤٧١/٧

بنى فيها ، ثم أصاب بائع الأرض بالعبد عيناً فردة ، لأن ههنا يثبت له حق في استحقاق اليد بعد البناء .

١٦٩٨٢ - فإن قيل : المعنى في المستحق أنه غرس في ملك غيره . وههنا غرس في ملكه الذي يملك بيعه .

١٦٩٨٣ - قلنا : علة الأصل تبطل على مذهبيك بالمستأجر والمستعير ، وعلة الفرع لا تصح ؛ لأنه وإن بنى في ملكه فهو في حكم من بنى في ملك غيره في استحقاق يده ، كذلك في نقض تصرفه .

١٦٩٨٤ - فإن قيل : إذا استحققت الأرض فقد تعدى في التصرف .

١٦٩٨٥ - قلنا : المشتري إذا بنى ولم يعلم فغير ^(١) متعد .

١٦٩٨٦ - فإن قيل : المستحق يقلع الزرع ، [والشفيع] ^(٢) لا يقلع الزرع فلم يقلع الغرس .

١٦٩٨٧ - قلنا : الشفيع يقلع الزرع ، عندنا في الباقي ، والكلام ليس هو في أوقات الفلح وإنما هو في وجوب القلع . ولأنه تصرف في المبيع مع تعلق حق الشفيع به فكان تصرفه كالصرف في ملك الغير ، أصله إذا باع . ولا يلزم إذا زرع ؛ لأن تصرفه كالصرف في ملك الغير ، بدلالة أن يترك في الأرض بالأجرة .

١٦٩٨٨ - ولأنه تصرف يلزم الشفيع زيادة لم يوجبها البيع ، فكان له الأخذ من غير التزام [بشيء] ^(٣) . أصله : الزيادة في الثمن .

١٦٩٨٩ - ولأن كل من لو تصرف في ملكه بالبيع كان للغير نقضه إذا تصرف فيه بالياء كان له المطالبة بنقضه من غير ضمان . أصله الراهن إذا بى في الرهن وقيمة الأرض إذا قلع البناء أكثر وهي لا [تفي] ^(٤) بالدين مع نقصانها .

١٦٩٩٠ - فإن قيل : الراهن ليس له التصرف بالبناء فكذلك القلع .

١٦٩٩١ - قلنا : يبطل إذا كان البناء لا ينقص الأرض وعلة الفرع لا تصح ؛ لأن

المشتري وإن ملك البناء فإنه يملك شرط إسقاط الشفيع لحقه ، بدلالة أنه لو طالبه / رخصه لم يملك البناء ، فإذا قضى له فلم يوجد الشرط الذي أوجب البناء لأجله فحصر

(١) ي (د) : [ليس] .

(٢) ما بين المكوئين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) (٢ ، ٣) ما بين المكوئين ساقط من (د) .

كمن تصرف وليس له حق التصرف .

١٦٩٩٢ - ولأنه تصرف من المشتري في المشفوع ليس له مدة ينتهي إليها ، فكذلك للشفيع نقضه كالبيع .

١٦٩٩٣ - احتجوا : بأنه غرس ملكه في ملكه الذي يُمْلِكُ بالبيع ^(١) فوجب أن يجبر على قلعه ، كما لو غرس في ملك له مطلق ، أو الموهوب له إذا غرس ^(٢) .

١٦٩٩٤ - قلنا : الحكم لا يصح ، لأنه [لا] ^(٣) يجبر على قلعه بإجماع ^(٤) .

١٦٩٩٥ - وإنما الخلاف هل من شرط القلع الضمان ^(٥) ؟ فإن أطلقت الحكم [يصح] لأنه يجبر على قلعه ^(٦) وهو موضع الإجماع ، وإن شرطت لم يوجد الوعد في الأصل . والمعنى في الملك المطلق أن حق الغير لا يشت في استحقاق يده من غير رضائه ولا رضاء من يقوم مقامه ، فجاز أن يستحق قلع غرسه بغير ضمان .

١٦٩٩٦ - والمعنى في الهبة أن الغرس لا يقع بشرط ضمان النقصان ، فلم يقلع من غير ضمان .

١٦٩٩٧ - وفي مسألتنا حق القلع ثابت من غير عذر ، فلم يقف على ضمان النقصان .

١٦٩٩٨ - قالوا : غرس من غير متعد فلا يجوز قلعه مع الإضرار من غير رضاء .

(١) في (ع) ، (م) ، (ن) : [يبيعها] .

(٢) الحاروي الكبير (٢٦٧/٧) وعبارته : « ولأن من بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجبا لصحة ونقض بنيانه ، كما موهوب له إذا غرس ، ورجع الواهب في حبه » .

(٣) ما بين المكونين ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه .

(٤) قال الماوردي في الحاروي الكبير (٢٦٧/٧) : « ولا يجبر المشتري على قلعه ، لأنه بناء غير متعد . وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشخص شمه بقيمة البناء قائما » .

(٥) ذهب الإمام أبو حنيفة أنه لا يرجع المشتري بقيمة البناء والغراس . وهي رواية عن الإمام محمد ، معناه كما قال الزبيدي : لا يرجع بما نقص بالقلع . وروى بشر بن الوليد والحسن بن زياد عن أبي يوسف : « أن الشفع يرجع على المشتري بقيمة البناء ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد أن الشفع يرضى للمشتري قيمة ما نقص بالقلع . وجه قول أبي يوسف ومن معه قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك . وجه قول الإمام أبي حنيفة هو الفرق بينه وبين المشتري ، لأن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهة ، ولا غرور للشفيع من جهة المشتري ، لأن الشفع أخذها منه قهرا قياسا على الحاربة . انظر تبيين الحقائق (٢٥١/٥) وبداية المجتهد (٢٦٥/٢) والمهذب (٣٨٢/١) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠١/٥) .

(٦) ما بين المكونين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

حكم ما لو بنى المشتري أو غرس في الشقص الذي اشتراه ٣٤٧٣/٧
أصله المستجير للغرس مدة مؤقتة .

١٦٩٩٩ - قلنا : هناك وُجِدَ من يثبت له القلع غرورًا بالغارس ، فيضمن النقصان بالغرور وهذا المعنى [ليس] ^(١) موجودًا في الشفيع .

١٧٠٠٠ - قالوا : الأرض والغرس مملوك الرقبة والمنفعة ، ويده ثابتة عليه بحق ، فوجب أن لا يقلع بناؤه مع الإضرار . أصله : الصداق ^(٢) .

١٧٠٠١ - قلنا : المعنى فيه أنه مال مملوك بالماحكة ، فلم يملك الشريك ^(٣) الاعتراض فيه كالميراث .

١٧٠٠٢ - وفي مسألتنا عقار مملوك بالبيع ، فملك الشفيع المطالبة بنقض البناء الحادث ، كما لو بنى بعد المحاصمة .

١٧٠٠٣ - قالوا : من لا يقلع زرعه لا يقلع غرسه ، كالزوجة في الصداق .

١٧٠٠٤ - قلنا : لا نسلم ؛ فإن الزرع عندنا يقلع إذا لم يذل صاحب ^(٤) الزرع الأجرة . والمعنى في الصداق [ما] ذكرنا ^(٥) .

١٧٠٠٥ - قالوا : حق الشفيع لا يملك به إجبار المشتري على قلع ما أحدثه . أصله إذا زرع ^(٦) .

١٧٠٠٦ - قلنا : حق الشفيع يوجب قلع المستحدث باتفاق [والكلام في شرط الضمان ولأن الزرع مستحق القلع] ^(٧) [إلا أن له مدة ينتهي إليها ، فأقرناه بأجرة حتى يوفى كل واحد منهما حقه ، وهذا لا يوجد في الغرس .

١٧٠٠٧ - قالوا : روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « ليس لعرق ظالم حق »
دليله أن عرق غير الظالم له حق ^(٨) .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) انظر هذا المعنى في لمضي مع الشرح الكبير (٥٠١/٥) .

(٣) هكذا في (ص) وفي باقي النسخ الشفيع [.

(٤) في (ص) : [صاحبه والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة] .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر تبين الحقائق (٢٥٠/٥) وعبارة : « كما إذا زرعه للمشتري ، فإن كل واحد سهم لا يكلف القلع ، لتصره في ملكه ، فكذلك المشتري في المنفعة ، ولهذا لا يكلف قلع الزرع » .

(٧) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) وقال ابن قدامة : فإنه غير ظالم فيكون له حق . انظر لمضي مع الشرح الكبير (٥٠١/٥) .

١٧٠٠٨ - قلنا : ذلك يقتضي ثبوت الحق لعرق واحد ، ولا يقتضي العموم . وعدم
ههنا له حق فسقط التعلق بالدليل .



الشفعة فيما لا يحتمل القسمة

- ١٧٠٠٩ - قال أصحابنا : الشفعة واجبة في الحمام والرحى والبئر ^(١) .
- ١٧٠١٠ - وقال الشافعي رحمته الله : ما لا يجوز قسمته شرعاً لا شفعة فيه ^(٢) .
- ١٧٠١١ - لنا : حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « الشفعة في كل شرك : ربع أو حائط » ^(٣) .
- ١٧٠١٢ - ولأن ملكه متصل ^(٤) بالمبيع فوجبت له الشفعة كما وجبت بقسم .
- ١٧٠١٣ - ولأن الشفعة واجبة في البقعة قبل البناء فوجبت بعده كالدار الكبيرة .
- ١٧٠١٤ - ولأن كل بقعة تجب فيها الشفعة بعد البناء ^(٥) تجب قبله . أصله : ما
- (١) المحنة (٩٠/٣ - ٩١) والميسوط (١٣٥/١٤) والهداية (٢٤/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٢/٥) . وبه قال الحنابلة في رواية ، وأبو العباس بن سريج من الشافعية . المهذب (٣٧٧/١) والمني مع الشرح الكبير (١٦٥/٥) والبدع (٢٠٢/٥) .
- (٢) الأثر (٢٣١/٣) والحاوي الكبير (٢٧١/٧ - ٢٧٢) وحلية العلماء (٢٦٨/٥) ونهاية النجاشي (١٩٧/٥) والإشراف على مذاهب أهل العلم (٤٣/١) ويقول الشافعية قالت الحنابلة في رواية ثالثة ، وهو ظاهر المذهب الصحيح وعليه جماهير الأصحاب . انظر المني مع الشرح الكبير (٤٦٥/٥) والإحصاء (٢٥٦/٦ - ٢٥٧) قال الشيرازي في المهذب : ولا تجب إلا فيما تجب قسمة عد الطلب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحى والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة ، وهو المذهب ، خلافاً لقول أبي العباس بن سريج . وقال ابن قدامة الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيق والعرائس الضيقة فمن أسند فيها روايتين : إحداهما لا شفعة فيه ، وهو ظاهر المذهب والثانية فيها شفعة . وأما الملكية فقد استقلت أقوالهم فيها فبعضهم قال بوجود الشفعة في الحمام ، وأما الرحا والبئر وما شابه ذلك فقالوا بعدم الجواب . انظر أقوالهم بالتفصيل في المدة (٣٣٢/٥) وبداية المجتهد (٢٥٨/٢) والكناني (٣٣٧/١) .
- ولاحظ أن كل من قال بوجود الشفعة فيها فرق بين ما يمكن قسمته وما لا يمكن قسمته ؛ فما أمكن قسمته وجبت شفعته ، وما لم يمكن قسمته فلا تجب شفعته .
- (٣) سبق تخرجه هذا الحديث ونصه كما في سنن أبو داود (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإذا باع فهو أسبق به ، حتى يأذنه ^(١) .
- (٤) في (ع) ، (م) ، [] ولأنه يملك منفصل بالمبيع [.
- (٥) في الأثر عدم البناء والصواب ما أفتناه كما في باقي النسخ بحذف عدم .

يقسم . ولأن ما يملك به السهم في الدار الكبيرة يملك به السهم في الدار الصغيرة .
أصله البيع .

١٧٠١٥ - ولا يلزم القسمة لأن السهم يملك بها من الحمام إذا كان بين شريكين نصف حمام ودار فاقسما ، وأخذ هذا نصف الحمام ، والآخر الدار . ولأن الشفعة تجب لإزالة الضرر لخوف التأذى على وجه الدوام ، والضرر فيما لا يقسم أعظم ؛ لأن لا يتخلص منه بالقسمة ، فهو أولى بإيجاب الشفعة ^(١) .

١٧٠١٦ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » وقوله إما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ^(٢) .

١٧٠١٧ - قلنا : لا دلالة في الخبر لأن ظاهره يقتضي وجوب الشفعة في الحمام ، لأنه ليس يقسم ، والحكم متى علق بنفي وصف عن شيء وذلك الوصف لا يوجد فيه فهو أكد للحكم .

١٧٠١٨ - وقولهم : لم يقسم إلا فيما يصح قسمته ليس يُقَلَم ، بدلالة أن الله تعالى وصف نفسه فقال : ﴿ لَمْ يَكُنْ لَكَ يَكُنْ وَكَمْ يُؤَكِّدُ ﴾ ^(٣) وهذه الصفات لا تجوز عليه تعالى .

١٧٠١٩ - ولو سلمنا أن ما قالوه يقتضي ما يصح فيه القسمة والحمام يجوز فيه القسمة ، وإما لا يجب ^(٤) .

١٧٠٢٠ - ولا يقال : إن المراد به القسمة الشرعية ، لأن هذا دعوى ، ولأن عدا يصح فيه القسمة الشرعية ؛ لأن القاضي يقسم بينهم بالتراضي . وقد قال بعضهم : القياس يمنع الأخذ بالشفعة ، وإما ورد النص بوجوبها فيما لم يقسم فيما سواه على أصل القياس .

١٧٠٢١ - وهذا غلط ، لأن من مذهب مخالفنا أن العلة لا تجوز أن تخصص ^(٥)

(١) المخي مع الشرح الكبير (٤٦٦/٥) .

(٢) هذا الدليل في المخي مع الشرح الكبير (٤٦٦/٥) فقال ابن قدامة : روجه هذا عموم قوله ﷺ « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر ألفاظ العامة .

(٣) سورة الإخلاص : الآية ٣ .

(٤) قال الرطبي في نهاية المحتاج (١٩٥/٥) قوله لم يقسم : ظاهره في أنه يقبل القسمة إذ الأصل فيما عدا كونه في الممكن بخلاف ما نفي بلا واستعمال أحدهما مكان الآخر تجوز أو إجمال . قال ابن دقيق العيد :

(٥) قال الركني : اعلم أن العلة إما عقلية أو سمعية ، فالعقلية بمنع تخصيصها لإجماع أهل النظر كما قلناه .

وأه متى ورد نص فعارض بعض ما اقتضته العلة دل على بطلانها . ثم هذا ليس صحيحاً ؛ لأن الشفعة أصل من الأصول ^(١) ثابت بالإجماع .

١٧٠٢٢ - ولا يقال : إن القياس بنفيه ، بل هو أصل لأن غيره أصل . ألا ترى أنه لا يقال : القياس يقتضي أن تكون صلاة الفجر أكثر من ركعتين قياساً على غيرها ؛ لأنها أصل كما أن غيرها أصل .

١٧٠٢٣ - قالوا : روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل ^(٢) .

١٧٠٢٤ - قلنا : ليس من أصلكم القول بتقليد الصحابي . وعدنا عموم [قول] ^(٣) رسول الله ﷺ [أولى] ^(٤) من قوله .

١٧٠٢٥ - قالوا : كل ما تجب الشفعة فيه إذا ملك بالنكاح لم تجب فيه الشفعة إذا ملك بالبيع ، أصله البناء المنفرد ^(٥) .

= بن عورك والقاضي أبو بكر والأستاذ أبو منصور . فإذا كانت مستتبطة فجزم الموردي والرباطي باستناع تخصيصها على معنى أن العلة لا تبني حجة فيما وراء الحكم المخصوص لبطان الوقوف بها ، وقال ابن عورك : لا يجوز تخصيصها . وقال ابن كح : إنه قول أصحاب الشافعي ، وقال الأستاذ أبو منصور : أجمع أصحاب الشافعي ، وقالوا أيضاً : تخصيص العلة نقض لها ، ونقضها يتضمن إبطالها . وقال أبو منصور المازدي : تخصيص العلة باطل . انظر البحر المحيط للزركشي (١٣٥/٥ - ١٤٢) .

(١) قال الإمام السرخسي في مسوطه (٩٠/١٤) « والأصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع ، فلا يجوز أن يقال : إنه مستحسن من القياس ، بل هو ثابت ، وقد دلت على ثبوته الأحاديث المشهورة عن رسول الله ﷺ وعن أصحابه رضوان الله عليهم . من ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ قال : « الشفعة في كل شيء » .

(٢) وقد نقل هذا الإجماع كثير من الفقهاء ، منهم الموصلي والماوردي وابن فدامة وابن المنذر . انظر الاختيار (٥١/٢) والحازي (٢٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٥٧/٥) وبداية المجتهد (٢٥٩/٢) وكتاب الإجماع ص ٥٦ .

(٣) روى الإمام مالك في الموطأ كتاب الشفعة باب ما لا تقع فيه الشفعة (٧١٧/٢) عن محمد بن عسل عن أبي بكر بن حرم عن عثمان بن عفان قال : « إذا وقعت الحدود فلا شفعة فيها ، ولا شفعة في بئر ولا في محل النخل » . وانظر ذلك أيضاً في مصنف أبي شيبة (١٧٢/٧) كتاب البيوع والأفضية : باب إذا صرفت الطرق والحدود فلا شفعة رقم ٢٧٨٦ ومصنف عبد الرزاق (٨٨/٨) باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الذين شفعة رقم ١٤٤٢٨ وغريب الحديث لأبي عبد القاسم بن سلام الهروي (١٢١/٣) وكثر المال (٣/٤) رقم ٣٩ كتاب الشفعة وافاتني في غريب الحديث للوصخري (١٢٢/٣) وانظر هذا الدليل في الحازي الكبير (٢٧١/٧) .

(٤) ما بين المكوكين ساقط من (ج) (٢) .

(٥) ما بين المكوكين ساقط من (ح) والصواب ما أضاء كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٦) لم نجد هذا الدليل في المصادر التي وقفت لنا ، إلا أن ابن فدامة ذكر أدلة تفيد هذا المعنى ، وهي : ما =

١٧٠٢٦ - قلنا : المعنى في البناء أنه لا يبقى على التأيد ، فلا يحاف الضرر فيه على الدوام ، كالعروض وليس كذلك الشقص فيما لم يقسم ، لأن الضرر بخاف فيه على الدوام مثل ما يقسم .

١٧٠٢٧ - قالوا : ما لا يقسم شرعاً لا تجب فيه الشفعة . أصله إذا ملك بالملك .

١٧٠٢٨ - قلنا : المعنى فيه أنه مملوك بسبب لا يقف على تسمية عرض كالمملوك بالوصية .

١٧٠٢٩ - قالوا : الشفعة وحيث لإزالة الضرر ، فلو وجبت في الحمام لم ينع الشقص أحد ، خوفاً من الشفيع فتدعوه الضرورة إلى بيعه للشريك باختياره .

١٧٠٣٠ - قلنا : الضرر إذا جعل بالشركة على وجه لا يتخلص منه لم تلزم القيمة .

١٧٠٣١ - ألا ترى أن الشريكين في العبد كل واحد منهما يستتضر بعق شريكه ، ولا طريق إلى إزالة هذا الضرر . والقصاص المشترك كل واحد يستتضر بعفو شريكه ، ولا يمكن رفع هذا الضرر ، فلا يمنع أن توجب الشركة حق (١) الشفعة ، وإن كان ينحق بالشريك ضرر ولا يزول . ثم الشريعة قضت برفع الضرر عن الشفيع وإن أضر ذلك بالتابعين ، ألا ترى أن أخذ المبيع بينهما فيه ضرر ثم قضى بإزالة ضرر الشفيع يلحق هذا الضرر بالمشتري .

١٧٠٣٢ - ثم إننا نقول إذا أضر الشريك شريكه جاز له أن يحتال لإبطال حقه فيبيع على وجه لا شفعة فيه فيزيل هذا الضرر عن نفسه .

١٧٠٣٣ - قالوا : الشفعة تجب لحوف الضرر بالتزام أجرة القسام (٢) .

١٧٠٣٤ - قلنا : قد أبطلنا هذا بالشركة في غير العقار ، وأن أجرة القسام فيها

= روي عن النبي ﷺ أنه قضى أن لا شفعة في إتياء ولا طريق ولا منقبة ولا ركع ، أخرجه أبو عبيد القاسم من سلام في عرب الحديث (١٤١/٣) والزمخشري في المائت (١٢٢/٣) واستدل من طريق العقول قال : لأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبايع ؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة من نصيبه بالقسم ، وقد يمنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البايع وقد يصح البيع ، لتسلط الشفعة ، فيؤدي إثباتها إلى ضياعها . ويمكن أن يقال : إن الشفعة إما ثبتت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ، ولا يوجد هذا في ما لا يقسم . انظر المعنى مع الشرح الكبير (٤٦٦/٥) .

(١) في (ع) : [حتى] .

(٢) المذهب (٣٧٧/١) وعبارته : ولأن الشفعة إما تثبت بالضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لا يوجد في ما لا يقسم .

الشفعة مما لا يحتمل القسمة ٣٤٧٩/٧

واجبة ولا شفعة ، [بينا أن من ^(١) مذهبا أن الأجرة تلزم المطالب بالقيمة دون غيره فسقط .

• • •

(١) ما بين المكويين ساقط من (ص) ، (ح) ، (م) والصواب ما أئتناه كما في (د) .



عدم أخذ الولي الشفعة وبلغ المولى عليه هل هو له أخذها أو لا ؟

١٧٠٣٥ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : إذا أسقط الولي شفعة الصغير . أو أسكت عن المطالبة سقطت ^(١) .

١٧٠٣٦ - وقال الشافعي رحمه الله : لا تسقط . وللصبي المطالبة بها بعد البلوغ ^(٢) .

١٧٠٣٧ - وأما إن تركها لأنها بيعت بزيادة كبيرة ، أو لأنها مال للصبي ثم بلغ الصبي فالمذهب أنه لا يأخذها ^(٣) .

١٧٠٣٨ - قالوا : ومن أصحابنا من قال يأخذها ، وزعم أنه قول آخر للشافعي رحمه الله ^(٤) .

(١) النهاية (٤١/٤) وتبيين الحقائق (٢٦٣/٥) وبدائع الصنائع (١٦/٥) وهو قول المالكية وقول أبي حنيفة من المخالفة وإحتاره أبو محمد الجوزي . قال القرافي يقوم بشفعة الصغير أبوه أو وصيه ، لأنها من باب تنسية للمال فإذا لم يكونا فالألم تنظر له ، ولا أخذ للجد ، بل عرفته للإسلام لأنه ناظر لمن لا ناظر له . فإن عدم الأب والوصي بموضع لا إمام به أخذ إذا بلغ ؛ لأنها حقه ولم يسقطها . ولو سلمها الأب أو الوصي أو السلطان امتنع أخذه إذا بلغ ، لنفوذ تصرفهم عليه . ولو أهمل الأب حتى بلغ وقد مضى بذلك عشرة سيد فلا شفعة ، لأن إهمال أبيه كإهماله . الذخيرة (٢٧١/٧) والإنصاف (٢٧٢/٦) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٩٥/٥ - ٤٩٦) .

(٢) الخاوي الكبير (٢٧٦/٧) كتاب الأم (٢٣٥/٣) ومختصر المزني (٥٤/٣) وبه قال الإمام محمد وزفر من الحنفية والمخالفة في رواية ابن منصور . بدائع الصنائع (١٦/٥) وتبيين الحقائق (٢٦٣/٥) والمغني مع الشرح الكبير (٤٩٥/٥ - ٤٩٦) والإنصاف (٢٧٢/٦) فقيه : « وإن ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ لم تسقط ، وله الأخذ بها إذا كبر . وإن تركها لعدم الحظ فيها سقطت . قال المرادوي : هذا أحد الوجوه . إحتاره ابن حامد والشيخ تقي الدين . وقيل : لا تسقط مطلقاً ، وله الأخذ بها إذا كبر ، وهو للذهب ، فيما نص عليه . وهو ظاهر كلام المفتي . (٣) انظر الخاوي الكبير (٢٧/٧) .

(٤) الصبي والمجنون إذا رحبت لهما الشفعة لا يخلو حالهما من ثلاثة أقسام عند الشافعية . أحدها : أن يكون في أخذهما له حظ وخطئة ، فعلى وليهما أن يأخذها لهما . وللولي حالتان : الأولى يأخذ الشفعة . والثانية يردها . فإن أخذهما بزمع ولم يكن لهما إذا صارا رشدين أن يردها . وإن عصى الولي عليها ولم يأخذها فلهنولي عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذها . والقسم الثاني : أن لا يكون للمولي عليه حظ في أخذ الشفعة إما لروادة النص وإما لأمر آخر فلا يجوز للمولي أن يأخذها ، كما لا يجوز أن يشتري له ما لا حظ في شرائه . ففي هذا القسم الولي ممنوع من أخذهما ، فإذا بلغ الصبي رشيداً وأراد أخذ الشفعة فمعه وجهان رشدين ، أحدهما : هو قول أبي إسحاق الرمزي وأبي علي بن أبي حمزة أن شفعته قد بطلت بترك وليه وليس له أخذهما بعد رشده ^٥ .

عدم أخذ الولي الشفعة وبلغ المولى عليه حل هو له أخذها أو لا ؟ ————— ٣٤٨١/٧

١٧٠٣٩ - لنا : أن كل من ملك المطالبة بالشفعة من غير أمر ملك التسليم ، كالمأذون والمكاتب ، ولا يلزم الوكيل لأنه يملك الترك عندنا ^(١) .

١٧٠٤٠ - ولأنه كبيع من أجنبي علم به الأب وأعرض عنه ، فلم يكن للصبي أخذه بالشفعة بعد بلوغه ، أصله الدار إذا بيعت في جواره . ولا يلزم الأب إذا باع واشترى .

١٧٠٤١ - لأننا قلنا : من أجنبي ولأن الأب إذا اشترى لا شفعة للصبي على قياس قول أبي حنيفة ، ذكره في المنتقى . ^(٢) وأما إذا باع فهو لا يملك المطالبة فلا يتصور الإعراض . لأن ما لا يأخذه الصبي بعد بلوغه بشفعة الجوار لا يأخذه بشفعة الشركة كالشقص من الحمام .

١٧٠٤٢ - احتجوا : بأنه حق هو مال ترك الاستيفاء له ، فكان له أن يستوفيه بعد بلوغه . أصله استيفاء الدين ^(٣) .

١٧٠٤٣ - قلنا : يبطل إذ كان الحظ في تركه . ولأن الدين [لا يسقط بتأخير المطالبة به فلذلك لم يسقط بالترك والشفعة] ^(٤) تسقط بالتأخير فلم يجز المطالبة بها مع ترك المطالبة بمن يملك الأخذ . وإن قاسوا عليه إذا أبرأ من الدين .

١٧٠٤٤ - قلنا : إذا أسقط الشفعة فقد ترك حفظاً إلى عوض حصّله ، وهو ثبوت الثمن على ملكه ، فكأنه أخذها ثم باعها بمثل الثمن . وأما الدين فقد أسقطه من غير عوض حصّله له في مقابلته ، فلم يصح .

= والوجه الثاني : أن شفعته باقية لا تبطل بترك وليه ، وله أخذها بعد رشد .
والقسم الثالث . أن يستوي حظ المولى عليه في أخذ الشفعة وتركها ؛ فهي أخذ الولي لثلاثة أوجه . أحدها : لا يجوز أن يأخذها ما لم يظهر الحظ في أخذها ، لأن الحظ محير فيها ، الوجه الثاني : أنه يجب عليه أن يأخذها ؛ لأن الأخذ بالشفعة أحظ ما لم يظهر ضرر . والوجه الثالث : أنه مخير بين أخذها وتركها لاستواء الحالين . الحاروي الكبير (٢٧٦/٧) .

(١) ذكر الكاساني أدلة للشيخين في الدائع ، وهي : أن الأخذ بالشفعة بمزلة الشراء فتسليمه استناع من الشراء ، وللولي ولاية الاستناع من الشراء ، ألا ترى أن من قال : بعت هذا الشيء لمعان الصبي لا يلزم الولي القبول . وهذا لأن الولي تصرف في مال الصبي عن وجه المصلحة ، والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه ، والولي أعلم بذلك فيفوز إليه . انظر بدائع الصالح (١٦/٥) .

(٢) في (ن) : [الشفاء] .

(٣) الحاروي الكبير (٢٧٦/٧) وصارته : لأن الولي مندوب إلى عمل ما عاد بصلاح من يلي عليه في استيفاء حقوقه كالديون .

(٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

١٧٠٤٥ - ولا يصح قياسهم على القصاص وخيار الغيب إذا أسقطتهما [الأب^(١)]
لأن الأب^(٢) [إن^(٣)] أسقطتهما بعوض جاز ، وإن أسقطتهما بغير عوض لم يجر .
١٧٠٤٦ - وفي مسألتنا : إذا أسقط الشفعة فقد حصل العوض للصغير وأبقاه على
ملكه فكانه حصل العوض على / إسقاط القصاص^(٤) .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) ، (م) : [الإنسان] .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) القصاص لغة : القطع والمائلة والتبع ، تقول قصعت الأثر أي تبعته وقاصصته مقاصصة ونصاصا مر به
قاتل إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك ، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل ، وجرح الجرح .
واقص السلطان غلاتا ، أي قتله قوتًا ، وهو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل . لسان العرب (٣٦٥٢/٥)
المصباح المنير (٦٩٤/٢) ، المغرب ص ٣٨٥ ، كتاب التعريفات ص ١٩٠ .



قبض الشفيع الشقص من البائع

١٧٠٤٧ - قال أصحابنا : إذا كانت الدار في يد البائع فللشفيع أخذها من يده ^(١) .

١٧٠٤٨ - وقال الشافعي رحمه الله : يستحقها الشفيع على المشتري ، ويدفع الثمن إليه ، ويقبض الشفيع من يد البائع ، ويكون قبض الشفيع بمنزلة قبض المشتري ، ويدفع الثمن إليه من البائع . وقال ابن شريح : فيه وجهان .

١٧٠٤٩ - أحدهما : ليس للشفيع أخذه من البائع ، بل على المشتري أخذه وتسليمه إلى الشفيع . وإن كان المشتري غائبا أخذه القاضي وسلمه إلى الشفيع وحفظ الثمن له .

١٧٠٥٠ - والوجه الثاني : يأخذه من البائع ، وإن كان المشتري حاضرا ^(٢) .

(١) انظر الشروط الصغير للطحاوي (٣٧٤/١) ط العراق ولبنان على الهداية (٥٠٧/٨) وبه قول المالكية وبخاتمة . قال المرادوي هذا المذهب بلا ريب ومشهور عند الأصحاب . وفي المتن مع الشرح الكبير (٤٧٥/٥) إذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه ، وإن كان في يد البائع أخذه منه ، وكذا كأخذه من المشتري . هذا قياس المذهب . شرح الحرشي (١٧٨/٦) والإنصاف (٢٨٧/٦) .

(٢) الحاروي الكبير (٢٨٤/٧) والمهذب (٣٨٢/١) قال الماوردي : فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشتري له أو من ينوب عنه ففيه وجهان ، حكاهما ابن شريح . أحدهما : ليس له ذلك ، لأنه يحس محل المشتري في الأخذ بالثمن ولا يجوز شراء ما لم يقبض ، فكذا لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض . فعلى هذا يأخذ الحاكم للمشتري بالقبض ، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه . فإن كان للمشتري عاتيا وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه . وبه قال أبو إسحاق المروزي . والوجه الثاني : هو اختيار ابن شريح أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشتري ، لأن الشفيع بأخذه جبرا يحق بوجه الثاني من المذهب الشافعي قال القاضي أبو يعلى الفراء من الحاشية وقد القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحكم للمشتري على قبضه ثم يأخذ الشفيع منه انظر المتن مع الشرح الكبير (٤٧٦/٥) والإنصاف (٢٨٧/٦) . خلاصة المسألة : اتفق الفقهاء إذا كان الشقص المشفوع بيد المشتري أخذه الشفيع من المشتري ثم احتلوا إذا كان الشقص في يد البائع فذهب المذاهب الحنبلية والمالكية والشافعية في وجه الحاشية إلى جواز أخذه من البائع كأخذه من المشتري وذهب الشافعية في وجه آخر إلى أنه لا يجوز أن يأخذ الشفيع الشقص من يد البائع بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه . انظر النواة (٥٠٧/٨) والحرشي (١٧٨/٦) والحاروي (١٧٨/٧) والمصنف مع الشرح الكبير (٤٧٥/٥) .

١٧٠٥١ - لنا : حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « فإن باعه ولم يؤده فهو أحق به » ^(١) ظاهره يقتضي أنه عقيب البيع أحق من المشتري . ولأنه أحد النبايعين فكان للشفيع أخذ المشفوع من يده . أصله إذا وجبت الشفعة ، فاع المشتري ، فشفيع أخذها من البائع وله أخذها من المشتري .

١٧٠٥٢ - فإن قيل : هناك [باع] ^(٢) بعد وجوب حقه ، وفي مسألتنا ثبت حق المشتري بعد ثبوت حق الشفيع ؛ لأنه حقه ثبت برغبة البائع عن ملكه .

١٧٠٥٣ - احتجوا : بأن الشفيع يستحق بعد تمام البيع ، بدلالة أنها لو شرطا الخيار للبائع أولهما لم يستحق ، ومن استحق بعد ملك المشتري استحق من ملكه كالمشتري منه ^(٣) .

١٧٠٥٤ - قلنا : الشفعة تجب عندنا بخروج الشيء من ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري . ولهذا لو قال : بعث من فلان ، فجحد ، استحق الشفعة عندنا وعلي أحد الوجهين عندهم ^(٤) .

١٧٠٥٥ - وبهذا تجب الشفعة إذا كان الخيار للمشتري ، وإن كان لا يملك عد أبي حنيفة ولم يتم ملكه عد أبي يوسف ومحمد ^(٥) . وإذا ثبت حقه بخروج الشيء من ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري يستقر في ثبوت الحق ، فلذلك أخذ من يد

(١) هذا جزء من الحديث الذي رواه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب الشفعة (١٢٢٩/٣) وفيه (١٦٠٨/١٣٤) عن أبي زبير عن جابر قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤده فهو أحق به » وأخرجه أيضاً البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤/٦) كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم وصعد عبد الرزاق (٨٢/٨) عن الثوري وابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله رقم ١٤٤٠٣ .

(٢) ما بين للمكوفين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) . الصواب ما أثبتاه كما في (ن) .

(٣) انظر المذهب (٣٨٢/١) وعبارته : « لأنه استحق فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري »

(٤) الحاوي الكبير (٢٩٥/٧ - ٣٠٠) .

(٥) الهداية (٣٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٤/٥) وحاشية الشلبي على التبيين (٢٥٤/٥) قال الإقني « وأما خيار الشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة ، لأن المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق ، وإن اختلف أصحابنا : هل دخل في ملك المشتري أو لم يدخل ؟ والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه ، بدلالة أنه لو أدعى أنه باع داره من زيد وجبت الشفعة ، لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه ، وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري » .

بض الشفيع الشقص من الدائع ٣٤٨٥/٧

الدائع . فأما إذا باع بشرط الخيار^(١) فلأن ذلك يمنع من خروج المبيع من ملكه فلهذا لم تثبت الشفعة^(٢) ، لا لما ذكروه من عدم تمام البيع !

* * *

(١) انظر المرجع السابقة في المواضع السابقة .

(٢) في (٥) : [الشقص] .



هل العهدة على البائع أو على المشتري ؟

١٧٠٥٦ - قال أصحابنا ^(١) : إذا أخذ الشفيع الشقص من يد البائع انفسخ البيع به وبين المشتري ، وكانت العهدة ^(٢) على البائع ^(٣) .

١٧٠٥٧ - وقال الشافعي **يكتفى** : عهدة الشفيع على المشتري وإن أخذ من يد البائع . وليس له أخذ ملك آخر فكان الأخذ من ملكه ، أصله للمشتري ^(٤) .

(١) هذه المسألة محل خلاف بين أئمة الحنفية ؛ فقد ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية الإمام محمد إلى أن عهدة الشفيع على البائع . وذهب الإمام أبو يوسف في رواية أخرى إلى أن الشفيع يأخذ الشقص لشفيع من يد البائع ، وعهده على المشتري ، وذهب الإمام زفر بن الهذيل والإمام عبد الرحمن بن أبي ليلى إلى أن عهدة الشفيع على البائع في الوجهين . انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف ص ٣٧ ، المبسوط (١٠١/١٤) والنباية على الهداية (٥٠٧/٨) . ويشير المؤلف إلى الرأي الأول بقوله وقال أصحابنا ، وهو بهذا ينسب إلى المذهب الحنفي رأي أكثر علمائه دون أن يشير إلى وجود اختلاف بينهم .

(٢) العهدة على وزن فعلة من العهد وللمعهد ممان متعددة ؛ فمساها الوفاء ، والعهدة بجمع على العهد وهو البناق واليمين التي تستوثق بها بمن يعاهدك . وقولهم عهده عليه من ذلك ، لأن المشتري يرجع على البائع بما يدركه ، وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة ، لأنه يرجع إليها عند الاتيان . انظر لسان العرب ٣١٤٩/٤ مادة عهد والمصباح للمثير (٥٢٠/٢) (٣) المبسوط (١٠١/١٤) ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٢/٤) وبدائع الصنائع (٣٠/٥) والهداية (٢٢/٤) والنباية على الهداية (٥٠٦/٨ ٥٠٧) وتبيين الحقائق (٢٤٦/٥) وحاشية الشلبي على التبيين . قال المرعسي : وإن أخذها من البائع ودفع إليه فعهده وضمان ماله على البائع عندنا .

(٤) كتاب الأم (٢٣٥/٣) ومختصر المزني مع الأم (٥٤/٣) والحاوي الكبير (٢٨٣/٧) وحلية العلماء (٣١٠/٥) . قال الماوردي احتلف الفقهاء في عهدة الشفيع فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع . وبه قال الإمام أبو يوسف من الحنفية ؛ فقي المبسوط (١٠١/١٤) روى عن أبي يوسف أنه يثبت من يد البائع وعهده على المشتري وإليه يدفع النقص ، لأن حق الشفيع يشت بالشرء فكان من حقوق الشرء ، وما يكون من حق الشيء لا يكون ناسخاً له . وبه قال المالكية والحنابلة . قال القراني في الدخيرة : العهدة على المشتري وحده للشفيع ، وإليه يدفع النقص قصده البائع قبله أم لا ، ويرجع للمشتري أو البائع في الاستحقاق ، ولا شيء للشفيع على البائع . وجاء في الكافي : العهدة في الشفعة للشفيع على المشتري دون البائع . أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك (١١/٣) وبداية المحقق (٢٦٣/٢) والنفريخ (٣٠٢/٢) والمرددة (٢٠٩/٤) والذخيرة (٣٢٩/٧) والكنافي ١٤١ والغرشي (١٨٠/٦) والمعني مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) والإصناف (٣١١/٦) وشرح الزركشي على مختصر الحرق (٢٠٣/٤) . وقال زفر وابن أبي ليلى وعثمان البتي : عهدة الشفيع على البائع في الوجهين حصفاً ؛ لأن الحق ثبت له لأجابه البائع ، فكان رجوعه عليه كالمشتري . البناية (٥٠٧/٨) وحلية العلماء (٣١١/٥) ونسب مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) ، اختلاف أبي حنيفة وابن ليلى ص ٣٧ .

- ١٧٠٥٨ - ولأن الشفعين إذا أخذ الشقص من يد البائع فسخ البيع بينه وبين مشتريه .
أصله إذا باع المشتري ، فأخذ الشفعين من البائع الثاني بالبائع الأول ^(١) .
- ١٧٠٥٩ - ولأنه معنى يوجب زوال ملك المشتري عن المبيع قل القبض بغير رضائه مع بقاء تكليفه فأوجب فسخ البيع . أصله هلاك المبيع .
- ١٧٠٦٠ - ولا يلزم إذا مات المشتري ؛ لأن تكليفه لا يبقى مع الموت .
- ١٧٠٦١ - ولا يلزم إذا باع ، لأن الملك زال برضاها .
- ١٧٠٦٢ - احتجوا : بأنه حق ثبت لحق ^(٢) المتبايعين بعد انعقاد البيع شرعاً ، فوجب أن يكون على المشتري . أصله وقوع العتق في ذوى الأرحام ^(٣) .
- ١٧٠٦٣ - قلنا : عندنا ثبت الشفعة عند الانعقاد بخروج الشيء من ملك البائع ، فلا نسلم أنها تجب بعد الانعقاد . فأما غير ذوى الأرحام فهو معنى يستحق على المشتري ، فلا يلزم البائع ؛ فالشفعة تثبت لإزالة الضرر الذي يلحق الشفعين ، وهذا المعنى موجود في حق البائع والمشتري ، فتوجهت على كل واحد منهما .
- ١٧٠٦٤ - قالوا : أخذ المبيع من [يد] ^(٤) البائع يؤدي إلى فسخ البيع ، والفسخ يسقط الشفعة ، بدلالة أن من اتاع شقصاً بعبد فلهك العبد قبل القبض انفسخ البيع وسقطت الشفعة ^(٥) .
- ١٧٠٦٥ - قلنا : هذا غير مسلم ، وفسخ البيع عندنا بعد وجوب الشفعة لا يسقطها سواء كان الفسخ بفعلهما أو من جهة الحكم . فإذا هلك العبد وانقض البيع لم يسقط حق الشفعين ، وله أن يأخذ الشقص بقيمة العبد الهالك ^(٦) .

- (١) المسوط (١٠٢/١٤) وأحباب ابن قدامة فقال : قياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح ؛ لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفعين . انظر المني مع الشرح الكبير (٥٣٥/٥) .
- (٢) هكذا في (ص) ، (ع) ، (م) وفي (ن) : [لغير] .
- (٣) استدل الماوردي على مذهبه فقال : دليلنا هو أن الشفعين يملك الشقص عن المشتري ، بدليل أنه لو تركه لكان مقراً على ملك المشتري ، ولو حدث منه غمأ لكان للمشتري ، فوجب أن تكون العهدة عليه ، كما كانت على البائع للمشتري . انظر الحاوي الكبير (١٨٣/٧) .
- (٤) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
- (٥) هذا المعنى في المني مع الشرح الكبير (٢٣٤/٥) والذخيرة (٥٣٩/٧) .
- (٦) ذكر ابن قدامة أدلة أخرى على مذهبه ، فقال : لنا أن أنشفة مستحقة بعد الشراء ، وحصول الملك للمشتري ، ثم يروى الملك من المشتري إلى الشفعين ، فكانت العهدة عليه كما لو أخذته منه بيع . ولأنه ملك من جهة المشتري بالتمتع فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول . واستدل ابن رشد أيضاً فقال : وعهدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للمشتري بعد حصول ملك المشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . المني مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) وبداية المجتهد (٢٦٣/٢) .



إذا حط البائع بعض الثمن عن المشتري هل يشمل ذلك الشفع أم لا ؟

- ١٧٠٦٦ - قال أصحابنا : إذا حط ^(١) البائع بعض الثمن ^(٢) أخذها الشفع بما بقى ^(٣) .
- ١٧٠٦٧ - وقال الشافعي : إن كان الحط في المجلس ثبت في حق الشفع ، وإن كان بعد الافتراق وليس في البيع خيار أخذها بالجميع ^(٤) .
- ١٧٠٦٨ - لنا : أنه حط بعض الثمن على المشتري فوجب أن يثبت في حق الشفع ، أصله : الحط في المجلس .

(١) في (ع) ، (م) : [حفظ لفة : والحط لفة : الوضع ، وله معان متعددة : منها حط أي وضع الأحمال على البواب وحط أي نزل وحط الله عنه وزره وصمعه عنه قال الله تعالى : ﴿ وَتَوَلَّوْا حِطَّةً ﴾ الآية ١٦١ سورة الأعراف ، قال أبو إسحاق في معناها : قولوا مسألتنا حطة أي حط فتوبنا عنا . وحط السمر إذا رخص وقص وهو المراد . انظر لسان العرب (٩١٤/٢) والمصباح المير (١٩٣/١) .

(٢) هذا إن حط بعض الثمن ، وأما إن حط البائع عن المشتري جميع الثمن لم يسقط عن الشفع منه شيء ، لأن حط الكل لا يلحق حط بأصل المقدع لعدم بقاء ما يكون ثمنًا . انظر الباب شرح الكتاب (١١٥/٢) .

(٣) الهداية (٣١/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٨/٥) وبدائع الصائغ (٢٧/٥) والمبسوط ١٠٧١١ وعبارة السرخسي : « إذا كان البيع بألف درهم فحط البائع عن المشتري تسعمائة فللشفع أن يأخذها مائة درهم عندنا . وأصل المسألة أن الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الإلحاق بأصل المقدع عند الحطة » . وبه قال المالكية جاء في شرح الحرشي أن « الشفع إذا أخذ الشقص بشفعة فإنه يحط عنه من الثمن الذي دفعه المشتري للبائع مقدار ما حطه البائع عن المشتري من الثمن لأجل العيب الذي اطلع عليه المشتري في الشقص . وكذلك يحط عن الشفع ما حطه البائع عن المشتري مما جرت العادة بحطيطه من الثمن بين الناس . وكذلك يحط من الشفع ما حطه البائع عن المشتري من الثمن تبرعًا من غير عادة ، إذا كان الباقي بعد الحطة يشأ أن يكون ثمنًا للشقص » . انظر الحرشي (١٨٠/٦) وحاشية الدسوقي (٤٩٥/٣) .

(٤) الحاروي الكبير (٢٨٧/٧) والرجز (٢١٧/١ - ٢١٨) ونهاية المحتاج (٢٠٥/٥) والروضة (١٠/٥) جاء في الحاروي الكبير : « قال الزني ولو حط البائع للمشتري بعد التفرق فهي هبة ، وليس للشفع أن يحط ، وقال الماوردي : هذا ما قاله الشافعي رحمه الله أن الحطية إن كانت قبل التفرق فهي موضوعة عن الشفع . وأما الشقص بالباقي من الثمن ، وإن كانت بعد التفرق اقتص بها بالمشتري وأخذ الشفع بكل الثمن » . وبقول الشافعية قالت الحامية ، ففي المنى : يستحق الشفع الشقص بالثمن الذي استقر عليه المقدع ؛ فلو تباعها بقدرته غيره في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التخصير في حق الشفع . فأما إذا انقضى الخيار وانهم المقدع أرادوا أن يقصا لم يلحق بالمقدع . المنى مع الشرح الكبير (٥٠٦/٥) والشرح الكبير مع المنى (٥٢٢/٥ - ٥٢٣) والمبدع (٥٢٤/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٤٦/٢) .

إذا حط المائع بعض الثمن عن المشتري هل يشمل ذلك الشفع أم لا ؟ ٣٤٨٩/٧

- ١٧٠٦٩ - ولأنه يستحق المبيع بالثمن فيثبت الحط في حقه كالمشتري ، وكالحط في المجلس . ولأن كل من يثبت الحط في المجلس في حقه ثبت بعده ^(١) كالمشتري ^(٢) وهذه فرع على أن حط بعض الثمن يلحق بالعقد . وقد بيناه في البيوع .
- ١٧٠٧٠ - احتجوا : بأنه حط بعد ^(٣) لزوم البيع فلا يخلو العقد كحط الجميع ^(٤) .
- ١٧٠٧١ - قلنا : هناك لو لحق العقد أخرجه عن موضوعه فلم يلحق كحال المجلس ^(٥) .

-
- (١) في (ع) ، (م) : [لعدمه] .
- (٢) أجاب الماوردي على ذلك فقال : وأما الجواب عن الجمع بين ما قبل التفرق وبعده فهو أن العقد بازم بالتفرق ، وانقضاء الخيار ، فلم يصح الجمع بين ما قبل الزوم وبعده . انظر الحاروي (٢٨٧/٧) .
- (٣) في (ص) ، (ع) ، (م) : [بعض] . والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .
- (٤) انظر الحاروي الكبير (٢٨٧/٧) وفيه أنه تغيير للثمن بعد لزوم العقد فلا يثبت في حق الشفع كالزيادة ، ولأنه حط بعد لزوم البيع فأشبه حط الجميع .
- (٥) ذكر الإمام الماوردي أدلة أخرى على مذهبه منها : أن ما سقط من الثمن بالإبراء بعد التزام المبيع لم يسقط في حق الشفع قياساً على الإبراء من الجميع ، ولأن ما حصل بين متعاقدي المبيع من النزاع لا يتعلق إلى الشفع كالرفع بالزيادة في الثمن . ولأن كل عقد لا يلحقه الزيادة لم يلحقه القصاص قياساً على ما بعد القبض .



هل للشفيع أن يأخذ من المشتري نصيب أحد البائعين أو لا ؟

١٧٠٧٢ - قال أصحابنا : إذا اشترى رجل من اثنين شيئاً فليس للشفيع أخذ نصيب أحد البائعين دون الآخر ^(١) . وإن اشترى اثنان من واحد جاز أن يأخذ نصيب أحدهما ^(٢) .
١٧٠٧٣ - وروي عن أبي حنيفة : أنه يجوز له أخذ نصيب البائعين إذا أخذه من يد البائع ، وليس له أخذه من يد المشتري .

١٧٠٧٤ - قال : وإن اشترى اثنان من واحد لم يكن له أخذ نصيب أحد المشتريين قبل القبض ، وله ذلك بعده ^(٣) .

١٧٠٧٥ - وقال الشافعي : له أن يأخذ من يد المشتري نصيب أحد البائعين ^(٤) .

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ١٢٢ - ١٢٣ ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٦/٤) والهداية (٤٠/٤) وتبيين الحقائق (٢٦١/٥) وبداية الصنائع (٢٥/٥) والمبسوط (١٤٠/١٤) .

(٢) معناه أن المشتري إذا تعدد بأن اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي . وإن تعدد البائع بأن باع جماعة عقاراً مشتركاً بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم ، حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض . والفرق أن الشفيع في الوجه الثاني لو أخذ نصيب بعضهم بغير الصفقة على المشتري فيقتصر به زيادة عن الضرر بالأخذ منه ؛ فإن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع ، فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضرراً زائداً سوى الأخذ . وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحدهم . تبيين الحقائق (٢٦١/٥ - ٢٦٢) .

(٣) ذهب الحنفية في ظاهر الرواية إلى أنه إذا كان المشتري واحداً والبائع متعدداً فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ، سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض ، لما فيه من تفرق الصفقة . وفي رواية أخرى عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض ، وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض ؛ إلا أن الكسانيني يرجع الرواية الأولى للقاضية بعدم التريق ، سواء كان المشتري قبض انشقق أو لم يقبض . وإن كان المشتري متعدداً والبائع واحداً ، وذلك بأن اشترى رجلان من رجل ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم حقيقاً في ظاهر الرواية . وروي أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض إلا الكل ، وبعد القبض به أن يأخذ نصيب أحد المشتريين . انظر المراجع السابقة عند الحنفية . ومن المالكية ذهب عبد الرحمن بن القاسم في المدونة إلى أنه إذا كان بائع الشخص رجلاً والمشتري رجلين فليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما بل يجب عليه أن يأخذ الجميع أو يدع ، لأن الصفقة وقعت واحدة ، فليس له أن يأخذ بعضها ويترك بعضها ، لأن الصفقة واحدة وإن اشترها رجلان . انظر المدونة (٢٠١/٤ - ٢٠٢) والمتن (٢١٥/٦ - ٢١٦) .

(٤) الحارثي الكبير (٢٨٩/٧) ونهاية المحتاج (٢١٥/٥) والروضة (١٠٦/٥) ومغني المحتاج (٢٠٦/٢) فإن *

هل للشفيع أن يأخذ من المشتري نصيب أحد البائعين أو لا ؟ ٣٤٩١/٧

١٧٠٧٦ - لنا : أنه أخذ بعض ما ثبت له في حق الشفعة بقبول واحد لنفسه ، فوجب أن لا يحوز . أصله : إذا كان البائع واحداً ، والمشتري واحداً .

١٧٠٧٧ - فإن قيل : لا نسلم أنه قبول واحد ؛ لأن قوله قبلت منكما كأنه قال : قبلت منك ، وقبلت منك .

١٧٠٧٨ - قلنا : معنى قولنا قبول واحد لأنه لا يفترق إلى تكرار القبول وإنما يكفي بقوله قبلت البيع . ولا يلزم إذا كان المشتري اثنين ؛ لأن ذلك يملك بقبولين .

١٧٠٧٩ - ولا يلزم إذا كان اشترى دارين هو شفيع أحدهما ، لأن الطحاوي روى عن أبي حنيفة أنه يأخذها ^(١) ولأنه أخذ بعض ما ثبت له في الشفعة ، وهناك أخذ جميع ما ثبت الشفعة فيه .

١٧٠٨٠ - ولا يلزم على المشتري ما ملكه بشئ واحد مع ثبوت حق الشفعة في جميعه ، فصار كما لو اشترى شقين من دارين هو شفيعهما . ولأن ما لا يملك أخذ بعض ما اشتراه من واحد بالشفعة لا يملك أخذ بعض ما اشتراه من اثنين . أصله الجار .

١٧٠٨١ - احتجوا : بأنه بيع في أحد طرفيه عاقدان ، فوجب أن يفرد ^(٢) كل

= المارودي : هما مسائلتان متفق عليهما ومختلف فيهما ؛ فأما المتفق عليهما فهي شق من رجل واحد باعه صفقة على رجلين فللشفيع أن يأخذ الشقص كله منهما ، وله أن يأخذ حصة أحدهما ويبيع الآخر . وأما المختلف فيها فهي في شق من رجلين باعه صفقة على رجل واحد فعند الشافعي أن الشفيع بالخيار بين أن يأخذ من المشتري جميع الشقص وبين أن يأخذ منه حصة أحد البائعين دون الآخر . وبه قال الحنابلة . قال ابن قدامة : وعند الحنابلة إذا اشترى رجل من رجلين شقفاً للشفيع أخذ أحدهما دون الآخر . وإن اشترى اثنان نصيب واحد للشفيع أخذ نصيب أحد المشتري . وإذا تعدد المشتري والبائع واحد بأن ابتاع اثنان أو جماعة شقفاً واحداً فقال ابن الرعي في الميسر . نص الإمام أحمد على أن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفتان ؛ فللشفيع إذن أخذ نصيب أحدهما وترك الباقي كما قال النصب وغيره من الأصحاب ، وحكي عن القاضي أبو علي الفراء رواية أخرى تنص على عدم جواز تفرق الصفقة في الشفيع وذلك في حالة تعدد البائع . المغني مع الشرح الكبير (٥٣٠/٥) ، الإنصاف (٢٧٨/٦ - ٢٧٩) .

(١) قال الكرخي في مختصره : وإذا كان الشفيع شقفاً لإحدهما دون الأخرى وقع البيع عليهما صفقة واحدة ؛ فإن الحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة أنه ليس له إلا أن يأخذ التي تجوز به الحصة ، وكذلك روى ابن سماعه عن أبي يوسف . وكذلك روى هشام بن محمد في رجل اشترى دارين متلاصقتين ، وله جار يلي إحدهما قال : فإنه يأخذ التي تليه ، ولا شفعة له في الأخرى . وقال القدوري في شرحه : وذلك لأن حق الشفعة تعلق بإحدى الدارين دون الأخرى ، والصفقة إذا جمعت بين ما لا تعلق به الشفعة وبين ما يتعلق به أخذ الشفيع ما تعلق به الحصة . حاشية الشلبي على التبيين (٩٦٦/٥) ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٦/٤)

(٢) في (ع) ، (م) : [يتصرف] .

واحد منهما بحكم الشفعة . أصله : إذا باع الواحد من اثنين ^(١) .

١٧٠٨٢ - قلنا : هناك لا ضرر على المأخوذ منه ، لأنه يأخذ منه جميع ما ملكه ، ولا ضرر على شريكه ؛ لأنه قد رضي بضرر الشركة فلا فصل بين أن يشارك المشتري أو الشفيع .

١٧٠٨٣ - وفي مسألتنا على المشتري ضرر في التبعيض ؛ لأن الشفعة وجبت في جميع ما ابتاعه بقبول واحد لنفسه فلم يجز الأخذ منه على وجه يضرب به كما لو اشترى من واحد .

• • •

(١) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢٨٩/٧) وفيه : « أنه عقد اجمع في عقد أحد طرفيه عائدان موجب أن يكون في حكم المقدين ، كما لو كان للمشتري اثنين ، ولأن اجتماع البائعين في عقد كائنا منهما في عقدين . ألا ترى أنه لو كان لكل واحد منهما عبد فباعهما في عقد واحد بشئ واحد لم يجر للجهاز بشئ كل واحد منهما ، ولو كانا لرجل واحد جاز للمطم بشتيهما ؛ فعلى هذا لو كان الشخص لرجلين باعاهما معا في عقد واحد على رجلين فحكم هذا العقد حكم أربعة عقود فيكون للشفيع أن يأخذ الشخص كله بالمقدور الأربعة » .



إذا أقر المشتري بضمن معين وأخذها الشفع بذلك الثمن ثم أقام البائع البينة على خلاف ذلك

١٧٠٨٤ - قال أصحابنا : إذا أقر المشتري أنه اشترى بألف فأخذ الشفع بذلك ، ثم أقام البائع البينة أنه باع بألفين ف قضى له القاضي ، أخذ من المشتري ألفين ورجع على الشفع بألف ^(١) .
١٧٠٨٥ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يرجع عليه بشيء ^(٢) .

١٧٠٨٦ - لنا : أن ثمن الشقص لزم المشتري بالعقد ، ثبت في حق الشفع ، كما لو أقام البائع البينة ابتداء . ولأن ثمن الشقص لزم المشتري ، لم يلحق به زيادة ، فلم الشفع . أصله الثمن الذي تصادق المشتري والبائع عليه .

١٧٠٨٧ - احتجوا : بأن الشفع أقر بأن الثمن ألف ، فإن أقام البينة على هذا فقد رجع أن البائع أخذ منه ظلمًا وتعديًا فلا يرجع به ، وإن عاد إلى تصديق البائع فقد أكذب نفسه فيما أقر به للشفع فلا يقبل .

١٧٠٨٨ - قلنا : أبطل القاضي اعترافه بحكمه ، فسقط اعتباره ، كما لو أقر أن المبيع للبائع فاستحق رجوع بالثمن ، وإن كان في زعمه أنه ظالم بأخذه المبيع منه بغير حق .

(١) المصوط (١٢٥/١٤) فيه : « إذا أقر الرجل أنه اشترى دارًا بألف درهم فأخذها الشفع بذلك ، ثم ادعى البائع أن الثمن ألفان ، وأقام البينة فإنه يؤخذ بيته ؛ لأنه ثبت بها حقه ويرجع الشفع على المشتري بألف أخرى ، لأن الشفع إنما يأخذها بالألف الذي سلمت به للمشتري ، وقد تبين أنها سلمت له بألفين ، ولا محضر لقرار لمشتري أن الثمن كان ألف درهم ؛ لأنه صار مكلفًا في إقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار إقراره » .
(٢) مختصر المزني مع الأم (٥٧/٣) والحاوي الكبير (٢٩٠/٧) وحلية العلماء (٢٩٧/٥) والروضة (٩٧/٥) ؛ ففي الحاوي قال المزني رحمه الله : ولو زعم المشتري أنه اشترى بألف درهم فأخذ الشفع بألف ، لم أقام البائع البينة أنه باع بألفين فعلى المشتري ولا يرجع على الشفع ، لأنه مقر أنه اشترى بجمع حقين . وبه قال المالكية والحنابلة ؛ ففي الكافي : إذا احتلف البائع والمشتري فقال البائع الثمن ألفان ، وقال المشتري هو ألف ، وأقام البائع بينة بدعواه ثبت وللشفيع أخذه بألف ؛ لأن المشتري مقر أنه لا يستحق أكثر مما وأن البائع ظلمه فلا يرجع عما ظلمه على غيره . وفي المغني : إذا احتلف المتبايعان في الثمن فدعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان أخذها من المشتري ، وللشفيع أسلمه بألف ، لأن المشتري مقر باستحقاقه بألف وبدعي أن البائع ظلمه . الكافي (٤١٧/٢) والمنتهى (٢٠٦/١) والمغني مع الشرح الكبير (٥٢٠/٥) والمدع (٢٢٦/٥) ، الإنصاف (٣٠٥/٦) .



إذا كان المشتري شريكاً فهل للشفيع الآخر الشفعة أو لا ؟

١٧٠٨٩ - قال أصحابنا : إذا ابتاع أحد الشركاء نصيباً في شركته فطالبه شريك آخر كانت الشفعة لهما وقسم الشقص المبتاع بينهما^(١) . وكذلك^(٢) فرع الزني على قول الشافعي^(٣) .

١٧٠٩٠ - ومن أصحابهم^(٤) من قال يأخذ الشقص الشفيع ولا شيء للمشتري فيه^(٥) .

١٧٠٩١ - لنا : حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « الشريك شفيع وهما شريكان »^(٦) .

١٧٠٩٢ - ولأنهما يتساويان في السبب الموجب الذي يستحق به الشفعة ، فوجب

(١) مختصر اختلاف العلماء (٢٥٢/٤) . وفيه : « قال أصحابنا : إذا اشترى داراً هو شفيعها ولها شفيع آخر فإنه يأخذ نصفها » . ويقول الحنفية قال المالكية والحنابلة انظر المدونة (٤٠٧/٥) والبيان والتحصيل (٥٣/١٢) والكاظمي (٨٦٥/٢ - ٨٦٦) والمغني مع الشرح الكبير (٢٢٥/٥) والبدع (٢١٤/٥) قال ابن قدامة : « إذا كان للمشتري شريكاً فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه » .

(٢) في (ص) ، (ع) ، (م) : [ولذلك] . والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٣) مختصر الزني (٥٢/٣) والمحاري الكبير (٢٩٨/٧) والمهذب (٣٨١/١) . قال الزني ولو اشترى شقصاً وهو شفيع فحاء شفيع آخر فقال له المشفري : عذها كلها بالثمن أو دع وقال هو : بل أخذ نصفها كان ذلك له ؛ لأنه مثله وليس له أن يلزم شفيعه لغیره . وقال الشيرازي في المهذب : هو للذهب .

(٤) في (ع) ، (ن) : [بين أصحابهم] .

(٥) حكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج وقال : وجدت أبا العباس بن سريج قاتلاً بخلافه وموافقاً لأصحابه . المحاري الكبير (٢٩٨/٧) . وفي المهذب (٣٨١/١) وللشريك أن يأخذ الجميع .

(٦) روى الإمام الترمذي في الجامع الصحيح كتاب الأحكام باب ما جاء أن الشريك شفيع رقم ١٣٧١

(٤١٤/٣) عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « الشريك شفيع والشفعة في كل شيء » . قال أبو عيسى هذا

حديث لا نعرفه إلا من حديث أبي حمزة السريكي وقد روى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز عن ابن

رفع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ رسلاً ، وهذا أصح . وروى البيهقي في السنن الكبرى كتاب الشفعة

باب لا شفعة في ما لا ينتقل ويحول (١٠٩/٦) والدارقطني في سته كتاب الأقضية والأحكام (١٢٢/٤)

رقم ٦٩٠ وروى الطحاوي في شرح معاني الآثار كتاب الشفعة باب الشفعة بالحوار (١٢٥/٤) وفي كمر

المسال (٨/٧) رقم ١٧٧٠٣ . ويلاحظ أن لفظ « وهما شريكان » غير موجود في الحديث ، بناء على ما

رجعنا إليه من المصادر .

إذا كان المشتري شريكاً فهل للشفع الآخر الشفعة أو لا ؟ ٢ = ٣٤٩٥/٧

أن يتساوى في استحقاقها إذا لم يتقدمه استحقاق ، أصله إذا اشتراه أحسن .

١٧٠٩٣ - ولأنه شريك يملك ما هو شريك فيه ولم يعدل عن المطالبة بشفعة ثانية ، فإذا استحق عليه بالشفعة شارك المستحق ، كما لو ابتاع الشقص أجنبي فأخذه منه بالشفعة ، ثم حضر شفع آخر .

١٧٠٩٤ - ولا يلزم إذا ابتاع الشفع من المشتري ؛ لأننا احتزنا عنه في العلة الأولى فقلنا إذا لم يتقدمه استحقاق ، وفي العلة الثانية .

١٧٠٩٥ - قلنا : ولم يعدل عن المطالبة . ومتى وجبت له الشفعة بطل البيع فقد عدل عنها

١٧٠٩٦ - احتجوا : بأنه مشتر فوجب أن لا يستحق الشفعة على نفسه ، أصله إذا كانت الدارين رجلين فاشتري أحدهما نصيب شريكه ^(١) .

١٧٠٩٧ - قلنا : لا يستحق الشفعة على نفسه لكن الشريك لا يستحق جميع الشقص لمساواة ^(٢) المشتري .

١٧٠٩٨ - قالوا : الإنسان إنما يستحق حقاً في [ملك] غيره ، فأما أن يستحق في ملك نفسه فلا ، كما لو أثلف عبده ^(٣) .

١٧٠٩٩ - قلنا : ليس يستحق / الشفعة في ملكه ، كمن يدفع شريكه استحقاق الشفع عليه .

١٧١٠٠ - ولا يجوز أن يثبت له حق في ملك نفسه إذا زاحمه غيره ، كما يثبت لرب المال الشفعة في الدار التي اشتراها المضارب ، ويصير كسائر الشركاء متى ابتاع المضارب شقصاً منها .

• • •

(١) نظره: المعنى في المذهب (٣٨١/١) وفيه : أن المشتري لا يأخذ النصب من نفسه وإنما تمنع الشريك أن يأخذ الجميع ويبقى الباقي على ملكه .

(٢) في (ع) : [مسافات] وفي (م) : [مافات] .

(٣) ما بين العكوفين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٤) هنا المعنى في الحارثي الكبير (٢٩٩/٧) .



حكم ما إذا اشترى الذمي من الذمي شقصا بخمر أو خنزير

١٧١٠١ - قال أصحابنا : إذا اشترى الذمي من الذمي شقصا بخمر ^(١) أو خنزير وجبت الشفعة فيه للمسلم والذمي ^(٢) .

١٧١٠٢ - وقال الشافعي : لا شفعة فيه ^(٣) .

١٧١٠٣ - لنا : أن النبي ﷺ قال : « الشفعة في كل شرك من ربع أو حائط » ^(٤) .

١٧١٠٤ - ولأنه شقص لو أخذه الشفيع من غير حكم أقره الحاكم في يده ؛ فإذا طلب أخذَه حكم له بأخذه . أصله إذا باعه بجال مباح ، ولأنه بيع لغير أهل الذمة ، فجار أن يستحق المسلم به عليهم الشفعة . أصله البيع وصائر المباحات .

١٧١٠٥ - ولأن كل متبايعين لو تقابضا وأثروا على المباينة فإنه يحكم للشفيع بالشفعة . أصله : إذا باعه شاة تركت التسمية عليها .

(١) الخمر لغة اسم لكل مسكر خامر العقل . يقال حمزت الشيء تخميرا غطيته وسترته ، والبيع عسور وسميت بذلك لخامرته العقل . لسان العرب (١٢٥٩/٢) والمصباح للنير (٢١٧/١) مادة عسر .

(٢) الهداية (٣٢/٤) واللباب في شرح الكتاب (١١٤/٢) وتبيين الحقائق (٢٤٩/٥) والمبسوط (١١٨/١٤) وفي التبيين : لو اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر أو خنزيرا فإن كان شفيعه ذميا أخذ يمثل الخمر وقيمة الخمر ؛ لأن هذا البيع يقتضي صحته فيما بينهم ، فإذا صح تربت عليه أحكام البيع . ومن جملة الأحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا كان أو مسلما . غير أن الذمي لا يتصلر عليه تسليم الخمر فيأخذها بها ؛ لأنها من ذوات الأثقال . والمسلم لا يقدر على ذلك ، لكونه ممنوعا من تملكها وتملكها ، فيجب عليه قيمتها . وبه قال للملكية . الذميمة للقرافي (٢٦٢/٧) وعبارة : « إن باع بخمر أو خنزير فقيمة الشقص عند أشهب ، لتصلر دون الثمن ، ولا قيمة للخمر ، وقيمة الخمر عند عبد الحكيم ، وهو أشبه بمذهب ابن اقسام ؛ لأنه بما يضمن بالقيمة عند استهلاكه للصراتي » .

(٣) مختصر الرمزي (٥٩/٣) والخوازي الكبير (٣٠٢/٧) وروضة الطالبين (٧٣/٥) . قال المازودي : إذا تابع الديان شقصا بخمر أو خنزير تقابضا فلا شفعة لمسلم ولا ذمي . وقال : لأن الخمر والخنزير لا قيمة له عنده بحال . والمسلم والذمي في الشفعة سواء . وأما عند الخلاف فإن اشترى الذمي من الذمي شقصا بخمر أو خنزير وقد أخذ الشفيع بذلك لم يقض ما فعلوه . وإن جرى التقاض بين المتبايعين دون الشفيع ونفسوا إلى قضاء المسلمين لم يحكم لهم بالشفعة . وقال أبو الخطاب : فإن تابخوا بخمر وقتلها هي مال لهم حكما لهم بالشفعة . انظر المعنى مع الشرح الكبير (٥٥٢/٥) والشرح الكبير المعنى (٥٤٥/٥) .

(٤) سبق تخرجه

حكم ما إذا اشترى الذمي من الذمي شقصاً بخمر أو مختزير أو مختزير ٣٤٩٧/٧

١٧١٠٦ - احتجوا : بأنه يبع بما هو نجس العين فلا يصح البيع ، ولا تجب الشفعة كالبيع بالميتة والدم ^(١) .

١٧١٠٧ - قلنا : هناك لم يقر الذمي على العقد ، وفي مسائلنا أقر على هذا العقد ، فصار كالبيع بالثمن المباح .

١٧١٠٨ - قالوا : يبع بخمر فصار كالمسلم إذا باع بها ^(٢) .

١٧١٠٩ - قلنا : المسلم منع من تمول الخمر و التصرف فيها ، والكافر لم يمنع من التصرف [فيها] ^(٣) وأقر على تمولها ^(٤) .

(١) هذا الدليل في الحاوي الكبير (٣٠٢/٧) وفيه : « لأن كل يبع لو عقده مسلم سقطت فيه الشفعة وجب إذا عقده الذمي أن تسقط فيه الشفعة ، كما لو عقده بميتة أو دم » .

(٢) الحاوي الكبير (٣٠٢/٧) وفيه : « لأن كل من سقطت الشفعة في عقده بالميتة والدم سقطت الشفعة في عقده بالخمر والمختزير كالمسلم » .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) هذا وقد أجمع الفقهاء على ثبوت الشفعة للمسلم على اللّمي والذمي على اللّمي ، واختلفوا في ثبوتها للذمي على المسلم . ولهم في ذلك قولان : القول الأول : هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية إلى ثبوت الشفعة للذمي على المسلم مستلذين بعموم الأحاديث الواردة في ذلك وإجماع الأمة . والقول الثاني : هو ما ذهب إليه الحنابلة والحنس البصري والشعبي والأوزاعي مستلذين في ذلك بما روى البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨/٦ - ١٠٩) في باب رواية ألفاظ منكرا يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الفقه عن رسول الله ﷺ « لا شفعة لصراني » . انظر المبسوط (٩٣/١٤) ، تبين الحقائق (٢٤٩/٥ - ٢٥٠) ، المدونة (٢٠٥/٤) ، مراقي المجلد (٣١٠/٥) ، الخرشني (١٦٢/٦) ، نهاية المحتاج (١١٢/٥) ، مغني المحتاج (٢٩٨/٢) ، للمني مع الشرح الكبير (٥٥١/٥) .



هل طلب الشفعة يسقط بالتأخير ؟

١٧١١٠ - قال أبو حنيفة : إذا صح طلب الشفعة لم يسقط بالتأخير^(١) . هذه الرواية المشهورة . وذكر الطحاوي عن الحسن عن أبي حنيفة رحمته الله : إذا أخرها ثلاثة أيام مع القدرة سقطت .

١٧١١١ - وكذلك روى [بشير]^(٢) بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمته الله ذكره في المنتقى^(٣) .

١٧١١٢ - وذكر أبو الحسن عن الحسن أنه قال : قياس قول أبو حنيفة أنه إذا أخرها شهراً سقطت ، وهو قول محمد رحمته الله^(٤) .

(١) انظر الهداية (٢٨/٤) والثانية في شرح الهداية (٤٩٥/٨) ونتائج الأفكار (٣٨٥/٩) وتبين الخلفاء (٢٤٤/٥) وحاشية الشلبي عليه والمبسوط (١١٨/١٤) وبدائع الصنائع (١٩/٥) ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٢٥/٢) وفيه ولا تبطل الشفعة بتأخيرها أي بتأخير طلب الأخذ مطلقاً بما استقرت شئمة بالإشهاد عند الشيخين في ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى ؛ لأن الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق . ولو كان التأخير يعذر من مرض أو سفر أو حبس أو عدم قاض يري الشفعة بالجار في بلده لا يسقط بالإجماع ، وإن طالبت المدة . وعن أبي يوسف إن أخره إلى مجلس حكم يبطل لتركه عند إمكان الأخذ ، وفي رواية إلى ثلاثة أيام ، وقيل يفتي بقول محمد ورفر رواية أخرى عن أبي يوسف أن الشفع إن أخر طلب الخصومة شهراً بلا عذر بطلت الشفعة لتغير أحوال الناس وحاجتهم إليه ، وعليه المشاهير .

(٢) ما بين الممكوتين ساقط من (ن) . وهو الفقيه القاضي بشير بن الوليد بن خالد الكندي نسبة إلى كنية بكسر الكاف قبيلة مشهورة باليمن ، هو أحد أصحاب الإمام أبي يوسف روى عنه كتبه وأماله وسمع مالك بن أنس ، ولي القضاء ببغداد في زمان المعتصم بالله وشهد محنة خلق القرآن وحبس من أجله ، فهو كان يرى أن القرآن غير مخلوق . وتوفي سنة ٢٣٨ هـ . الفوائد الشبهة ص ٥٤ - ٥٥ والحواهر للمضية (٢٥٢/١ - ٢٥٤) والمهرست لابن النديم ص ٢٨٦ - ٢٨٧ وشذرات الذهب (٥٤/٢) .

(٣) مختصر اختلاف العلماء ص ١٢١ . وفيه : وإذا أشهد الشفع على شفعته ، ثم تراخي بعد ذلك عن طلبها ، وقد أمكنه ذلك ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمتهما الله قالوا : هو على شفعته أبداً ما لم يسلمها ، ولا يأخذ . وقال محمد : إن طلبها إلى شهر قضى له بها . وإن تركها حتى يمضي لها شهر لا يطلبها فيه لم تنقض له بها .

(٤) في (ن) : [الشفاء] .

(٥) البداية في شرح الهداية (٤٩٥/٨) وتبين الخلفاء (٢٤٤/٥) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٥٧٢/٢) .

هل طلب الشفعة بسقط بالتأخير ؟ ٣٤٩٩/٧

١٧١١٣ - وقال الشافعي : إذا قال الشفيع للمشتري : قد أخذتها بالثمن والتمس معلوم ملكها بغير اختيار [المشتري] ^(١) ، وكذلك إن قال الحاكم قد أخذتها .

١٧١١٤ - قالوا : فإن لم يدفع الثمن بعد الملك حتى مضت ثلاثة أيام أبطل الحاكم أخذته ^(٢) .

١٧١١٥ - لنا : أن حقه قد استقر بالطلب ، والحقوق المستقرة لا تسقط بالتأخير كالديون . وهذا الوصف غير مسلم ؛ لأن عندهم إذا صحت المطالبة مَلَكَ ، والمَلِكُ يقتضي استقرار الحق ، ولأنه إذا ملك عندهم بقوله : أخذت ، لم يفسخ البيع المَلِكُ بتأخير الثمن كالمشتري إذا أخر ، ولأنه أخر الأخذ بعد صحة المطالبة ، فلم تسقط شفعته . أصله : إذا أخر بعذر .

(١) ما بين المكوّرين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) ، (ن) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .
(٢) حلية العلماء (٣٠٥/٥) والحاوي الكبير (٢٤١/٧) . قال القفال الشافعي : فإن أراد الأخذ بالشفعة فنه بملك الأحد من غير حكم حاكم ، وإذا اختار فملكه ملكه ثم يدفع الثمن . وبالمشتري أن يبيع تسليمه حتى يأخذ النصف ، فإن تعذر على الشفيع الثمن في الحال قال ابن صريح : أجلته ثلاثاً فإن أدي ولا فسخ الأخذ .

مَوْسُوعَةٌ
الْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ الْمَقَانِيْنُ
الْمُسْنَدُ
الْبَحْرُ الْبَحْرُ

كتاب المضاربة



المضاربة بالدراهم المشوشة

١٧٩٦ - قال أصحابنا : « الدراهم التي فيها غش » (١)

(١) تعريف للمضاربة : في اللغة . صارب ملان لغلان في ماله إذا انخر فيه وكانه مأخوذ من الصرب في الأرض لطلب الرزق . قال تعالى : ﴿ وَاعْرِضْكَ بِسَبْعُونَ فِي الْأَرْضِ يَنْتَقِبْ مِنْ شَأْنِ أَخِي ﴾ [٢٠ - المائدة] . وعلى قاي هذا المعنى يقال للعامل صاربت ؛ لأنه هو الذي يضرب في الأرض . وجائز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضارباً ؛ لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه ، راجع لساد العرب لابي مطر (٢٥٦٦/٤) - ٢٥٦٩ ط دار المعارف . ويسمى البعض قراضاً أو مقارضة وهو إطلاق أهل النسبة . أما في الاصطلاح : فهي عند الأحناف : عقد على الشركة مجال من أحد الشريكين وعمل من الآخر . الباب في شرح الكتاب للميداني (١٣١/٢) ط . محمد علي صبيح . وعرفها الريس بقوله : « المضاربة هي شركة مال من جانب ، وعمل من جانب ، والمراد الشركة في الربح » . تبين الحقائق للزبلي (٥٢/٥) . ط دار المعرفة - بيروت - لبنان . ومن تعريف الأحناف للمضاربة تبين لنا أن المضاربة لو احتل فيها شرط كون الربح بين العامل ورب المال لا تكون مضاربة .

وبالمضاربة : عند المالكية ، أو القراض توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرها وماهية الخليل شرح مختصر خليل للحطاب (٣٥٥/٥ ، ٣٥٦) ط النجاح بلبياس ، وعرفها الدودري بقوله : القراض دفع مالك مالا من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يشر به من ربحه . راجع حاشية الدوسقي على الشرح لكثير (١٥٧/٣) ط دار أحياء الكتب العربية .

أما عند الشافعية : صرحها الرملي بقوله : « العقد المشتمل على توكيل الملك لآخر ، وعلى أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما » نهاية المحتاج لشرح المنهاج (١٦١/٤) ط دار الفكر ، وعرفها الخطيب بقوله : « هو توكيل مالك بحمل ماله يد آخر ليتجر فيه ، والربح مشترك بينهما » الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (١٥٥/٢) ط الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية .

وقد عرفها ابن قدامة بقوله من إحتالة بأنها هي أن يشترك بدين ومال . ومماها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له به ، وأن ما حصل من الربح بينهما ، حسب ما يشترطانه . (المغني لابن قدامة (٢٦/٥) ط دار الحديث) . (٢) الدرهم اسم للمضروب من النقطة وهو معرب ، وزنه معتل بكسر الفاء وفتح اللام في البقرة المشهورة وقد تكسر هاءه فيقال درهم حسلا على الأوزان الغالية ، والجمع دراهم ، وجمع التكسير دراهيم . اللسان (١٢٢٠/٢) ، السامح ١٩٣ (درهم) ، والدراهم أنواع أربعة - جباد ، بهرجه - البهرج كالبهرج . والدرهم البهرج . الذي فخته ردة . اللسان بهرج (٣٧٢/١) ، بهرج (٤٣٢/٦) . وزبوف - زافت عليه دراهم أي صارت مردودة نحش بها . لساد العرب ، مادة : زيف ٣ / ١٩٠٠ . وسترة - درهم - .

واختلوا في تفسير البهرجة : قيل : هي التي تصرب في غير دار السلطان ، وتزبوف هي المشوشة ، وسترة صغر نموه بالفضة ، وقد عامة المشايخ الجباد فصة تزوج في التجارات ، وتوضع في بيت المال ، والتزبوف =

تجوز المضاربة بها (١).

١٧١١٧ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢).

= ريفه بيت المال « أي رده » ولكن تأخذ التجار في التجارات . ولا بأس بالشراء بها ، ولكن بين الفقهاء ريف ، والنهجرة ما يرد التجار ، والسوقة أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك ريفها من وليس لها حكم الدرهم . (حاشية ابن عابدين (٢٣٣/٥) ط مصطفى الباني الحلبي) . وسقطت نستخلص من نص ابن عابدين السابق أن الدرهم أربعة أنواع : نوع لا خلاف على المضاربة به بين الفقهاء . وهو الحباد ، وثلاثة دخلها غش على اختلاف درجته حسب الترتيب السابق ، ونص الإمام القدوري ما يشهد بأن الدرهم المشوشة تجوز المضاربة بها جميعاً قولاً واحداً وليس كذلك ، ففي البدائع : « وأما الزبون والبهرة : فحجوز المضاربة بها ، ذكره محمد كذا » ؛ لأنها تتميز بالمقد كالجلاد ، وأما السوقة وهي أكبر أنواع الدرهم غشاً كما سبق ، إن كانت لا فروج ؛ فهي كالعروض ، أي لا تجوز المضاربة بها ، وإن كانت تروج فهي كالفلوس ، وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في الدرهم التجارية أنها لا تجوز المضاربة بها ؛ لأنها كسدت عندهم وصارت سلعة ، قال : ولو أجزت المضاربة بها أجزتها عمدة الطعام ؛ لأنهم يتبايعون بالخطبة كما يتبايع غيرهم بالفلوس . بدائع الصنائع للكاتاني (٨٢/٦) ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت . وسر خلال ما سبق يتبين لنا أن القول في المضاربة بالدرهم المشوشة جائز عند محمد في نوعين هما الأقل عفاً ، الزبون والهرمة ، أما السوقة : فأمرها معلق على رواجها ، فإن وجد الرواج جاز ، وإن كسدت انتع كالفلوس . هنا عند محمد .. أما أبو يوسف فلا يرى جواز المضاربة بها ، من غير نظر إلى الرواج أو عدمه . وربما أرجع جواز المضاربة بالدرهم المشوشة عند الأحناف إلى تعلق الزكاة بها ؛ فإن الأحناف لا ينظرون إلى الغش الواقع في الدرهم إذا بلغت نصيباً ما لم يكن الغش أكثر من الفضة ، ففي البدائع روي الحسن عن أبي حنيفة : أن الزكاة تجب في الدرهم الحباد ، والزبون ، والنهجرة ، والمكحلة ، والمزفة ، قال : لأن الغالب فيها كلها الفضة ، وما تغلب فضته على غشه يتأوله اسم الدرهم مطلقاً . والشرع أوجب « أي الزكاة » بأسم الدرهم ، وإن أمسكها لتجارة يعتبر قيمتها ، فإن بلغت قيمتها مائتي درهم من أدنى الدرهم التي تجب فيها الزكاة وهي اثني الغالب عليها الفضة تجب فيها الزكاة وإلا فلا . (البدائع ١٧/٢) .

(١) راجع المسألة في البدائع (٨٢/٦) ، المبسوط (٢١/٢٢ ، ٢٢) ، والملاكية فيها قولان أصحهما يوافق رأي الأحناف في الجواز ، راجع مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (٣٥٨/٥) ، الدرر المنثور في الشرح الكبير (١٥٨/٣) .

(٢) الشافعية يقولون بتجوز المضاربة بالدرهم المشوشة ، إلا أنه يجب تقيد ذلك بالآ يكون الغش مستهكاً ، كسبر المعدن الذي يضاف إلى الفضة لمصلحة الصك ونحوه ؛ فإنه لا يؤثر في جواز التعامل بالدرهم عندهم . جاء في نهاية المحتاج بعد أن ذكر منع المضاربة بالمشوش : « نعم إن استهلك غشه جاز العقد عليه كما جزم به الجمهور » . - وقد نقل صاحب نهاية المحتاج ومفاتيح الفتاوى أن الإمام السبكي من الشافعية قد خالف المذهب ، واختار الجواز إن كان يروج رواج غير المشوش كالأحناف ، راجع نهاية المحتاج (٢٢١/٥) ، مفاتيح المحتاج لأبي زكريا النووي (٣١/٢) ط مصطفى الباني الحلبي ، المذهب (٢٥٠/١) حاشية البحر على الخطيب (١٥٩/٣) ط مصطفى الحلبي ، فتح العزيز شرح الوحي للرافعي (١١٢/٢) .

١٧١١٨ لنا : أنه يجوز التجوز بها في ثمن الصرف ^(١) كالسود ^(٢) والوع
الريء ، ولأنها أثمان في المعاملات كالجياذ ^(٣) .

١٧١١٩ - ولأن الفضة لا تنطبع إلا بفش يسير ، ولا يغير ذلك حكمها لأن الغالب
في الفضة كذلك في مسألتنا ، ولأنه لا يجوز بيعها بالجياذ ^(٤) متفاضلاً ، فجاز المضاربة
بها كالسود .

١٧١٢٠ - احتجوا : بأنها دراهم مشوشة ؛ فصار كما لو كان الفش أكبر ^(٥) .

١٧١٢١ - قلنا : إذا كان الغالب غير الفضة فلا يخلو أن تكون نافقة ^(٦) أو
كاسدة ^(٧) . فإن كانت نافقة فهي كالفلوس ^(٨) .

١٧١٢٢ - [وقد ذكر الحسن ^(٩) عن أبي حنيفة ومحمد] ^(١٠) جواز

= مع المجموع للنوري دار الفكر ، حاشية الشارقي على التحرير (١٣/٢) ، إعانة الطالبين للسيد البكري
(١٠٠/٣) ط مصطفى الحلبي . ويقول الشافعي قال للملكية في القول المرجوح والزيادة ولهم وجه يوافق
الأحاف ، ولكن المذهب الأول . راجع مواهب الجليل (٣٥٨/٥) ط . الدسوقي على الشرح الكبير
(٣٥٨/٣) ، والإنصاف لسردى (٤٧١/٥) ط السنة المحمدية سنة (١٣٧٦) هـ .
(١) الصرف بيع الذهب بالفضة وهو من ذلك ؛ لأنه ينصرف به من جوهري إلى جوهري ، اللسان (٢٢٣٥/٣)
« صرف » ، والمصباح (٣٢٨) « صرف » .

(٢) نزع من الدراهم .

(٣) الجيد تقبض الرديء وإجماع جياذ وجياذات جمع الجمع ، والجياذ أحد أنواع الدراهم الأربعة . راجع :
القاموس المحيط باب الدال فصل الجيم (٢٩٥/١) ، والمصباح (١١٤) « جود » .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالخيار وهو تصحيح] .

(٥) راجع الحاوي ص ١١٠ .

(٦) فق البيع نقاشاً : راجع ، ونققت السلمة تنفق نقاشاً بالفصح : غلت ووجب فيها . اللسان (نق) (٤٥٠٧/٦) .

(٧) الكساد : خلاف الفاق ونقيضه ، والفعل يكسد ، وسوق كاسدة : بائرة . لسان العرب مادة (كسد) .

(٨) القاموس المحيط باب السين فصل الفاء (٢٤٦/٢) ، واللسان (٣٤١٠/٤) ، والمزاد للفلوس : ما
يتناول به الناس من المال من العملة المصكوكة من غير الذهب والفضة ، كالنحاس والبروز وغيرها .

(٩) جمع النسخ أبو الحسن وهو خطأ ما أثبتناه من بدائع الصنائع (٨٢/٦) ، والمبسوط (٢١/٢٢) ، وهو
الحسن بن زياد المؤدب ، صاحب أبي حنيفة ولي قضاء الكوفة سنة ١٩٤ هـ ثم استغنى ، أخذ عن محمد
بن مساعة ، وله كتاب المجرى والأمالى وهو ينسب إلى بيع اللؤلؤ ، توفي سنة ٢٠٤ هـ الفوائد البهية في تراجم
الحنفية للعلامة أبي الحسنات النكتوني ص ٦٠ ط دار المعرفة بيروت . أما أبو الحسن المذكور . فالمراد به
أبو الحسن الكرخي وتأتي ترجمته .

(١٠) - ساقطة من (ع) .

المضاربة^(١) بالفلوس . وإن كانت كاسدة فالمعني فيها أنها ليست بضمن ، وهذا معنى يمنع المضاربة من غير وجود العين ، كالنقرة^(٢) .

• • •

(١) المضاربة بالفلوس عن محمد في جوازها روايتان : إحداهما : ما ذكره المصنف ، وهي رواية الحسن ، وبها قال محمد بن الحسن أيضًا ، وهناك رواية أخرى عن محمد بن عبد الجوار ، وهو رأى زفر أيضًا ، راجع الديلم (٨٢/٦) .
 (٢) النقرة من الذهب والفضة : القطعة المدابة ، وقيل : هو ما سبك مجتمعًا سهما ، والنقرة السكة ، والجمع نقار . راجع اللسان (نقر) (٤٥١٩/٦) ، والمصباح (٦٦١) (نقر) .



المضاربة بضمن السلعة

- ١٧١٢٣ - قال أصحابنا : إذا دفع إليه ثوباً^(١) وقال : به واعمل بضمنه مضاربة ، جاز .
 ١٧١٢٤ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز^(٢) .
 ١٧١٢٥ - لنا : أنها استنابة في التصرف ؛ فجاز تعليقها بالشرط . أصله الوصية^(٣) .
 ١٧١٢٦ - ولأنه^(٤) جعل إليه^(٥) الشراء بضمن جعل إليه بيعه ، كما لو قال : وكلتك ببيع هذا العبد بألف ، وشراء هذا الثوب بضمنه . منية على جواز تعليق الوكالة بالخطر^(٦) .
 ١٧١٢٧ - احتجوا : بأن المضاربة لا تنعقد على مال مجهول ، فلا تتعلق بشرط كالبيع .
 ١٧١٢٨ - قلنا : هذا الوصف^(٧) غير مسلم ؛ لأنه لو دفع إليه دراهم لا يعلم

(١) ذكر الثوب هنا على سبيل المثال ، وكل عرض يمكن بيعه يقوم مقامه . قال في الميسوط : « ولو قال بع عدي هذا واقبض ثمنه واعمل فيه مضاربة على أن ما رزق الله تعالى في ثمنه من شيء فهو بيننا نصفان فهو جاز » ، وفي البدائع : « وقد قالوا إنه لو دفع إليه عروضاً ، فقال له : بهما واعمل بضمنهما مضاربة ، فباعها بديارهم أو دنانير وتصرف فيها جاز . راجع الميسوط (٣٦/٢٢) ، البدائع (٨٢/٦) ، حاشية ابن عابدين (٦٤٨/٥) ، اللباب (١٣١/٢) ، وبه قال الحنابلة ، راجع شرح منتهى الإرادات لليهوئي . (٣٣٠/٢) ط دار الفكر .
 (٢) - راجع للمذهب (٥٠٥/١) ، والحاوي (١٢٠) وهو مذهب مالك . بداية المجتهد (١٧٨/٢) .
 (٣) قال في البدائع : ولو قال : إن كان في بطن فلانة جارية فلها وصية ألف ، وإن كان في بطنها علم فله أمان فولدت جارية لستة أشهر إلا يوتما ، وولد علم بعد ذلك يومين ، فلهما جميع الوصية » البدائع (٣٣٦/٧) ، وفهم من النص السابق جواز تعليق الوصية على الشرط .
 (٤) أي رب المال .
 (٥) أي إلى المضارب .
 (٦) تعليق الوكالة جازر عند الأحناف ، أما عند الشافعية : فليس على إطلاقه ، لأن المذهب عندهم عدم جوازه . وجوزه بعض الأصحاب منهم ، وإنما الجائر على إطلاقه عندهم أن ينجز الوكالة ، ثم يعلق التصرف على شرط مستقبل ، كأن يقول مثلاً : وكلتك أن تطلق امرأتى أو تباع مالي بعد شهر ؛ لأنه لم يعلق عقد الوكالة على شرط ، وإنما علق التصرف . راجع البدائع (٢٠/٦) والمذهب (٥٦٠/١ ، ٥٦١) .
 (٧) أي أن المضاربة لا تنعقد على مال مجهول كالبيع ، وهو ما يترتب على تطبيق أي سهمها على شرط يؤثر في مال مجهول كالبيع ، وهو ما يترتب على تعليق أي منهما على شرط يؤثر في المال كسماكتها بالنسبة للمضاربة .

وزنها ، لم يعرف مقدارها ، فالمضاربة أولى ^(١) .

١٧١٢٩ - ولأن المقصود من البيع الملك ، وذلك لا يقف على شرط ، فلم يقم العقد على شرط ، والمقصود بالمضاربة الربح ، وذلك موقوف على الشرط ^(٢) ؛ فجاز أن يقف العقد على الشرط .

(١) معنى هذا : أنه لو دفع ثمنًا في البيع صرة من المال ، لا يعلم قيمتها وزنًا ، جاز بها البيع مع كون مقدار الثمن مجهولًا ، كمن قال بع لي هذا الكتاب بهذه الصرة من المال . وعلى ذلك فكان ينبغي أن يجوز في المضاربة . والحق أن الجهالة ينبغي أن تستفي عن المضاربة أكثر من البيع ؛ لأن الجهالة محفزة في البيع مع إرضى بها ، لأن صبرها محدود ينتهي بمعرفة وزن الصرة أو عددها ونحوه ، ثم يملك كل واحد منهما عوضه به ذلك ، وقد رضى به ، أما في المضاربة : فإن الجهالة يترقب عليها نزاع عند التقاسمة وفصل رأس المال عن الربح .

(٢) من المعلوم أن العامل في المضاربة يستحق الربح بالشرط ، ولذا فسقار الشروط ؛ يكون له حتى ولو قل رب المال ضاربه على الثلث أو الربح ، معهم منه : أن الشروط للعامل وليس لرب المال ؛ لأن رب المال يستحق برأس ماله .



تأليف المضاربة

- ١٧١٣٠ - قال أصحابنا : إذا وَقَّتْ المضاربة جاز ^(١) .
- ١٧١٣١ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يقارض إلى مدة ^(٢) .
- ١٧١٣٢ - قال أصحابه ^(٣) : قال : قارضتك سنة ، فإذا مضت فلا تبع ^(٤) ولا تشر ، أو تشتري ولا تبع ، فالقراض باطل ، وإن قال : على أنك بعد السنة لا تشتري ولك أن تبع ؛ فهو جائز .
- ١٧١٣٣ - لنا : حديث عائشة ^(٥) رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « الْمُشْتَرُونَ مِنْهُ شُرُوطُهُمْ » ^(٦) .

(١) وهو قول الحنابلة في إحدى الروايتين . راجع البائع (٩٩/٦) ، الهداية للمرغيناني (٢٠٥/٣) ، طبع مع تكملة فتح القدير بذكر إحياء التراث العربي تكملة فتح القدير لابن الكمال (٤٥٧/٨) ، المغني لابن قدامة (٦٨/٥) .

(٢) وهو مذهب مالك وبه قال الحنابلة ، وفي الرواية الثانية . راجع الأم (٢٣٥/٣) ، للشافعي ط الشعب ، مختصر المرني بهامش الأم (٦١/٣) ، البحرني على الخطيب (١٦٦/٣ ، ١٦٦) ، المحمل على شرح المنهج لأركبنا الأصاري (٥١٤/٣) ، ط دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان ، الحاربي (١٢٦) ، بداية البعيد (١٨٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٦٨/٥) .

(٣) الصواب : « بعض أصحابه » راجع المذهب (٥٠٦/١) ، فتح العزيز (١٨/١٤) ، ١٩ .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبع] .

(٥) السيدة بنت الصديق أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق بن عثمان ، أخته نساء المؤمنين وأعلمهن بالدين ولأدب تكني بأمر عبد الله ، تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية بعد الهجرة فكانت أحب نسائه إليه ، توفيت بالمدينة المنورة سنة ٥٧ هـ ولها ٢٢١٠ حديث . راجع : الأعلام للزركلي (٣ / ٢٤٠) ط دار العلم للملايين - بيروت ، والإصابة في تمييز الصحابة (٣٥٩/٤) ، ط دار النهضة / ووفيات الأعيان لابن خلكان (١٦/٣) وغيرها .

(٦) الحديث أخرجه البخاري معلقاً وأغلب أحاديث البحاري المعلقة وصلها ابن حجر في شرحه ، فهي صحيحة ويصح بها . صحيح البخاري باب أجر السمسة (١٢٠/٣) ، ط الشعب ، وس حديث عائشة أخرجه الدررقي وفيه زيادة « ما وافق الحق » سنن الدارقطني (٢٧/٣) رقم ٩٨ وألحاكم في المستدرک باللفظ السابق (٤٩/٢) . راجع : السنن له (٢٠/٤) ، رقم (٣٥٩٤) وكذا الطبراني في المعجم الكبير (١٢/٧) رقم ٣٠ وانظر مصنف ابن أبي شيبة فقد ذكره من حديث « عمر وشريح » في كتاب البيع والأفضة المصنف (٥٦٨/٦) ط الرشيد بالمدينة المنورة ، ومن المعلوم أن كثرة الفرق بقوي بعضها بعضاً ، لاسيما وقد ذكره البحاري ، وهو من أصح الكتب بعد كتاب الله ﷻ .

١٧١٣٤ - ولأنه أذن في التصرف ؛ فلا يبطله التوقيت كالوكالة ^(١) .

١٧١٣٥ - ولأن البيع عقد تتضمنه المضاربة ، فإذا شرط توقيته فيها لم يبطل كالشراء ^(٢) .

ولأنه أحد شطري عقد البيع ، فإذا وقته في المضاربة لم يبطل كالشراء ^(٣) .

١٧١٣٦ - احتجوا : بأنه شرط ليس من مصلحة العقد ينافي مقتضاه ، فأشبه إذا شرط في البيع أنه لا يقبض المبيع ^(٤) .

١٧١٣٧ - قلنا : يبطل إذا قال على أن لا تشتري بعد المدة ، ولأن القبض في المبيع موجب البيع ، فصار في مسألتنا كما لو قال : علي أن لا أسلم إليك المال . وأما عموم التصرف : فليس من موجب ^(٥) العقد ، وإنما هو مقتضاه ^(٦) . ومقتضى المضاربة إذا نفاه لم يفسدها كما لو ^(٧) نفى الشراء .

١٧١٣٨ - قالوا : عقد غير مؤقت ؛ فإذا شرط فيه التوقيت بطل كالنكاح ^(٨) .

١٧١٣٩ - قلنا : يبطل بالوكالة ، ويبطل بتوقيت الشراء ، والمعنى في النكاح : أن التوقيت إذا دخل في بعض مقتضاه ؛ لم يصح كذلك في مقتضاه ، ولما كان دخول التوقيت في بعض مقتضى المضاربة يصح كذلك فصح في باقيها .

١٧١٤٠ - قالوا : المقصود بالعقد : تحصيل الربح عند المقاسمة ^(٩) فإذا شرط أن لا

(١) هذا الاستدلال الذي استدلل به المصنف يتفق مع قول بعض أصحاب الشافعي بجواز تأقيت الشراء ، وقد استدلوا به في تعليلهم لجواز تعليق الوكالة على شرط مستقبل ، وإن كان المذهب على خلافه ، حيث قالوا : ولأنه أذن في التصرف ، فلا يبطله التأقيت كالوصية . ومن المعلوم أن كلاً من الوصية والوكالة يقبلان التأقيت لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فهي مؤقتة أصلاً . والوكالة استثناء من أصل وهو تصرف الإنسان لنفسه ، فإذا وكل غيره ليتصرف له ، كان هذا استثناء من الأصل السابق ، فجاز أن يحمل له مدة معينة ، والمذهبان متفقان على هذا . راجع البدائع (٢٠ / ٩٦) ، المهذب (٤٦٢ / ١) ، فتح العزيز (١٩ / ١٢)

(٢) هذا رد على تمرير بعض أصحاب الشافعي بين تأقيت الشراء وتأقيت البيع ، حيث أجازوه في الشراء ، وسعوه في البيع .

(٣) لحق أن هذا قياس مع الفارق ، لأن تأقيت الشراء لا يترتب عليه صبر ، بخلاف تأقيت البيع فقد يترتب عنه ضرر يعود على المصارف ؛ إذ إن حقه يتعلق بظهور الربح ، وهذا لا يتم إلا بالبيع ، ففارق البيع الشراء من هذا الوجه .

(٤) راجع المهذب (٥٠٦ / ١) .

(٥) ما يترتب على العقد من أثر .

(٦) راجع المهذب (٥٠٦ / ١) .

(٧) راجع المهذب المرجع السابق والحاوي (١٢٧) .

(٨) راجع المهذب المرجع السابق والحاوي (١٢٧) .

(٩) راجع المهذب المرجع السابق والحاوي (١٢٧) .

يبيع بعد السنة وربما انقضت وعنده عروض لا يتمكن من بيعها ، فلا تظهر الفائدة ،
 فيظل مقصودة بعقد (١)

١٧٨٩ - قلنا : عندنا لا يطل المقد ، ولا يثبت هذا القول ، ثم هذا لا يطل مقصود العقد لأنه يجوز أن يلزم ^(٢) رث المال المضارث المروض ، ويدفع ^(٣) نصيب المضارب ^(٤) ، فيحصل له مقصوده من العقد مع وجود الشرط .

• • •

(٢) أي يلزم المضارب رب المال العروض .
(٤) في (م) ، (ع) : [المضاربة] .

(١) راجع فتح القدير (١٩/١٢) .
(٢) أي رب المال للمضارب .



تقيد رب المال للعامل في التصرف

١٧١٤٢ - قال أصحابنا : إذا دفع إليه مضاربة على أن لا يشتري سلعة إلا بعينها .
أو لا يشتري إلا من فلان ، جاز ^(١) .

١٧١٤٣ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يخص الشراء من واحد ، أو يخص ^(٢) سعة بعينها ^(٣) .

١٧١٤٤ - قال أصحابه : إن عين له شيئاً لا ينقطع من أيدي الناس غالباً جار التخصيص ^(٤) ، كالطعام والثياب القطن . وإن عين ما يجوز أن يوجد ، وأن لا يوجد كلحم الصيد ببغداد ، وما يوجد في بعض الزمان كالرطب والعنب لم يجز ^(٥) .
١٧١٤٥ - لنا : أنه إذن في التصرف حال الحياة ، فلا يطله التخصيص بعين من الأعيان ، كالوكالة ^(٦) .

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) وهو مذهب الحنابلة أيضاً راجع . للبسوط (٤٢/٢٢) ، البدائع (١٠٠/٦) ، والمغني (٦٩ ، ٦٨/٥) .
(٣) معطوف على النفي السابق .

(٤) وهو مذهب مالك راجع : مختصر الزني (٦١/٣) ، المهذب (٥٠٦/١) ، الحاربي (١٣٥) ، الجرمي على الخطيب (١٦٠/٣) ، بداية المجتهد (١٨٠/٢) للمدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس (١١٩/٥) ط دار صادر بيروت .
(٥) التخصيص هو إخراج بعض ما تناوله الخطاب منه . راجع : المحصول للإمام الرازي (٣٩٦/١) ، ط دار الكتب العلمية بيروت .
(٦) راجع المراجع السابقة للشافعية .

(٧) الوكالة بكسر الراء وضحها : التفويض والتسليم ، من وكلت الأمر إليه أي فوضته إليه واكتفيت به ، وبشركل . إظهار المعجز والاعتماد على الغير ، والشركل القائم بما فوض إليه والجمع وكلاء ، راجع المصباح مادة « وكل » ، والقاموس المحيط باب اللام فصل الواو (٦٧/٤) والشريفات للجرجاني (٢٢٧) ط مصطفى الحلبي . واصطلاحاً عرفها البني : « بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم » ، وعرفها الشريفي : « بأنها تفويض شخص ماله وقطعه مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته . بدائع الصالح (١٩/٦) والأصل في الوكالة أن تكون مخصصة ، لأن الوكيل يملك التصرف بالإذن ، فلزم أن يكون للمأذون فيه معلوماً ، ولنا فإن الإمام الشافعي لم يجرها إلا في تصرف معلوم أي خاص ، ومنع عمومها لما فيه من غرر . وقسمها باقي الفقهاء إلى عامة وخاصة ، وقسم لمرء قد يكون باللفظ ، وقد يكون بالعرف وبالحسنة ، فإنهم يسمون على جواز تخصيصها . راجع : البدائع (٢٩/١) ، بداية المجتهد (٢٢٦/٢ ، ٢٢٧) بكلمة المجرع (١٠٦/١٤) ط دار الفكر ، المغني (١٣٢ ، ١٣١/٥) .

تفيد رب المال العامل في التصرف = ٣٥١٣/٧

١٧١٤٦ - ولا يلزم الوصية ^(١) ، لأنها تصرف بعد الموت ، ولأن التخصيص لا يطلها ^(٢) .

١٧١٤٧ - ولا يلزم الإذن في التجارة ، لأن تخصيصه لا يطله ^(٣) . ولأن ما جاز شراؤه من المضاربة جاز تخصيص المضاربة فيه ، إذا صح شراؤه وباعه كالب .

١٧١٤٨ - ولأن لرب المال غرضاً صحيحاً في تخصيص رجل بيمينه لأمانته وثقته ، فصار كتخصيص النوع .

١٧١٤٩ - احتجوا ^(٤) : بأن المقصود بهذا العقد تحصيل الربح ، فإذا خص رجلاً بيمينه ، حاز أن لا يبيعها مالهها ، وإذا خص ما لا يوجد في عموم الأوقات لم يقدر عليه المضارب ^(٥) ، فلم يوجد مقصود العقد .

١٧١٥٠ - قلنا : العقد قد أوجب له الربح فيما ^(٦) يتناعه . فإذا كان يجوز أن يكون ، ويجوز أن لا يكون لم يمنع صحة العقد ، كما لو سعى نوعاً جاز العقد وإن جاز أن يحصل فيه الربح وجاز أن لا يحصل . فإن قيل تخصيص النوع مناف ^(٧) لتخصيص العين . ألا ترى أن في السلم ^(٨) لو خص نوعاً جاز ، ولو خص متاعاً ^(٩) فلان [لم يحز ؟] .

١٧١٥١ - قلنا : لا نسلم ، وأنه لا يجوز أن تعقد ، ولا يحصل الملك والتسليم ، فإذا سعى متاع [^(١٠) فلان جاز أن يحصل [وجاز ألا يحصل ^(١١)] ، فلم يصح

(١) أوصى الرجل ووصاه : عهد إليه ، والوصية ما أوصيت به ، والوصي الذي يوصى والذي يوصى له .
السان (وصى) (٤٨٥٣/٦ ، ٤٨٥٤) ، القاموس المحيط باب الباء فصل الراو (٤٠٣/٤) .

(٢) لأن الوصية تبرع محض .

(٣) تأتي المسألة فيما بعد ، وانظرها في البدائع (١٩٢/٧) ، المبسوط (٥/٢٥) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) .

(٤) راجع المذهب (٥٠٦/١) ، تكملة المجموع (٣٦٩/١٤) ، البحرى (١٦٠/٣) ، والمواوى (١٣٥) .

(٥) في (ن) : [المضاربة وهو خطأ] . (٦) في (ن) : [فلم] وهو خطأ .

(٧) في (ن) : [مفارق] .

(٨) السلم : لغة السلف والتقدم والتسليم ، والسلم الاسم : من أسلمت وهو تسليم رأس المال . وشرعاً اسم

لعقد يوجب للملك في الثمن عاجلاً ، وفي المثل أجلاً ، والمبيع مسلفاً فيه ، والثمن رأس المال ، والمبايع مسلفاً

إليه والمشتري رب السلم . راجع : القاموس المحيط باب تسليم فصل السن (١٣١/٤) ، الترهيمات (١٠٦) ،

البدائع (٢٠١/٥) ، وحاشية ابن عابدين (٢٠٩/٥) .

(٩) لي (م) ، (ع) : [متاعاً] . (١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) (ع) .

(١١) زيد ما بين المعكوفين ، حتى يستقيم المعنى .

العقد ، لأن المضاربة يجوز أن توجد صحيحة ولا يستحق المضارب فيها ^(١) ربحاً ، فإن وقعت على وجه يجوز أن يحصل ويجوز أن لا يحصل لم تبطل .

١٧١٥٢ - فإن قيل : الوكالة يجوز أن تقع بالشراء دون البيع ^(٢) وبالباع دون الشراء ، فكذلك يجوز أن تحتص . والمضاربة لا يجوز أن تقع على الشراء دون البيع ، فلم يجوز أن تحتص .

١٧١٥٣ - قلنا : إذا شرط الشراء دون البيع لم يجوز أن يحصل الربح فلم يصح الشرط ، ومتى شُرِطَ الشراء من فلان فيجوز أن يحصل ، ويجوز أن لا يحصل ، [فهو كالشراء المطلق الذي يجوز أن يحصل فيه الربح ويجوز أن لا يحصل] ^(٣) .

(١) وذلك في حالة عدم حصول ربح فيها .

(٢) لأن موجب المضاربة هو الربح ولا يحصل بالشراء دون البيع .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .



نفقة المضارب في السفر^(١)

١٧١٥٤ - قال أصحابنا : إذا سافر المضارب فنفته^(٢) في مال المضاربة .

١٧١٥٥ - وقال الشافعي في البويطي^(٣) : نفقته في طعامه وكسوته على نفسه^(٤) .

(١) يبني التعريق بين السفر المباح والمتنوع ، لأن محل النزاع في المسألة يتعلق بالسفر المباح فقط . فقد المضاربة لا يدخلها ما أن يكون نص فيه على الإذن بالسفر ، أو المنع منه ، وما أن يكون مطلقاً لم يصح فيه على واحد من الأمرين . فإن كان مطلقاً فبى الأحاف والمالكية والحنابلة في رواية جواز السفر للمضارب بمال المضاربة ، لأن السفر من عادة التجار ، فيستفاد من إطلاق عقد المضاربة ، بينما منعه الشافعي والحنابلة في الرواية لثانية ؛ لأن فيه ترميزاً ومخاطرة بالمال . وأما إن نص في العقد على واحد من الأمرين المنع أو الجواز فيجب الالتزام بما نص عليه . ولم يجر مخالفة وإجماع الفقهاء . ومن خلال ما سبق نرى أن السفر المباح للمضارب يأتي من جهتين : الإطلاق على رأى الجمهور ، أو الإذن بالإجماع . فإذا كان السفر جائزاً للمضارب ، فهل له أن يتفق من مال المضاربة أو لا هذا هو محل الخلاف ، فالجواز قال الأحناف والمالكية والحنابلة ، إلا أن الحنابلة يقولون : إذا اشترط العقة لنفسه ، وبه قال إسحاق وأبو ثور أيضاً . راجع فيما سبق البسوط (٦١/٢٢) ، الهداية (٢١١/٣) ، والبيان (٧١١/٧) ، مختصر الطحاوي ص (١٢٥) ، ط دار الكتاب العربي بالقاهرة البدائع (٨٨/٦) ، وحاشية ابن عابدين (٦٥٧/٥) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للداماد أفندي (٣٣٣/٢) ط ، إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان ، بداية المجتهد (١٨١/٢) ، المدونة (٩٢/٥) المني (٤١/٥) وتأتي مراجع الشافعية .

(٢) العقة التي للمضارب في حال المضاربة عند الأحناف هي طعامه وكسوته ودهه وغسل ثيابه ، وركوبه في سفره إلى المصير الذي أتاه بالمعروف ، وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف : أن دهنه ليس من مال المضاربة ؛ لأنه تنص الحاجة إليه ، أما أجر الطبيب وضمن الدواء وغير ذلك : فقد روى الحسن عن أبي حنيفة : أن ذلك في مال المضاربة . ونفقه السرحي قائلًا : إن المضارب يستوجب النفقة (أي كفقة الزوجة) وضمن الدواء وأجر الطبيب والحجاء وما يحتاج إليه للعلاج ليس منها بدليل أن الزوجة لا تنسحق شيئاً منها . وهذا هو الذي يتشبه مع ما ذكره المنصف ما في استدلال . راجع البسوط (٦٣/٢٢) ، تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢٩/٣) ، ط جامعة دمشق

(٣) أبو يعقوب يوسف بن يحيى البريطي المصري قبه مناظر صاحب الإمام الشافعي وقام مقامه فيدرس والإعلاء بعد وفاته ، وحمل إلى بغداد أيام الواتى محمولاً على بغل مقيماً ، وأريد منه القول بأن القرآن منقود فائض ، فسبح وتوفا في محبة ببغداد سنة ٢٣٢ هـ ، من آثاره : المختصر الكبير والصغير وكلاهما في الفقه والفراس وغيرهما . له ترجمة في طبقات الشافعية للأسنوي (٢٠/١) ط بغداد ، طبقات السبكي (٢٧٥/١) -

(٤) (٢٢٩) ، الشريري (٩٨) ، الأعلام (٣٣٨ / ٩) وغيرها .

(٥) جاء في مختصر البريطي : وليس له أن يأكل ويلبس من القرامى في حضر ولا سفر إلا أن يأذن صاحبه ، راجع مختصر البريطي ، مخطوط مكتبة أحمد الثالث بتركيا برقم ١٠٧٨ ورقة ٣٩ وراجع المذهب (٥٠٨/١) =

- ١٧١٥٦ - وقال في المزني ^(١) : له أن يتفق بالمعروف ^(٢) ، فمن أصحابه ^(٣) من قال لا يتفق من المضاربة قولاً واحداً ، ومنهم من قال على قولين ، ومقدار ما يتفق على وجهين : أحدهما : جميع ما يكتفيه ، والآخر : يتفق من المال الزيادة على نفقة الحضر ^(٤) .
- ١٧١٥٧ - لنا : أنها مؤنة تلزمه لسفر المضاربة ، فوجب أن تكون منها . أصله : حمل المتاع ، ولأنه منفرد بالتجارة في ملك غيره بإذنه لمنفعته من غير ضمان ، محازر بن يتفق منه كالعبد المأذون . ولا يلزم الوصي ^(٥) .
- ١٧١٥٨ - ولأن ^(٦) تصرفه من طريق الحكم لا بالإذن ، [ولأنه لا يتصرف] ^(٧) بإذن المالك ، ولأنه / لا يتصرف لمنفعة نفسه .
- ١٧١٥٩ - ولا يلزم الأجير ^(٨) لأنه يعمل بيدل مضمون .
- ١٧١٦٠ - ولا يلزم المتبضع ^(٩) والوكيل ؛ لأن ، كل واحد منهما لا ^(١٠) يتصرف لمنفعة نفسه .
- ١٧١٦١ - احتجوا : بأنه رضي بنصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة عليه من غير شرط ^(١١) .

١٧١٦٢ - قلنا : النفقة ليست مستحقة له ، لكنها من مؤن المال ، كأجر الأجراء للعمل

= وهو رأي الحابلة أيضاً في حالة عدم اشتراط النفقة . راجع للمضي (٤١/٥) .

(١) إسماعيل بن يحيى بن عمرو بن إسحاق أبو إسحاق إبراهيم المزني ، أحد أصحاب الإمام الشافعي المتقدمين الذين تقلوا عنه مذهبه الجديد ، قال الشافعي عنه : لو ناظره الشيطان لغلبه . له تضائيف ، منها : المختصر والغريب في العلم ، توفي سنة ٢٦٤ هـ . طبقات الشهرزاري (٢٩٩/٢) ، الأعلام (٣٢٩/١) ، وغيرها .

(٢) روى المزني في مختصره : أن له النفقة بالمعروف ، وقال في جامع الكبير : « والذي أحفظ له أنه لا يجوز الفراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وعما يشتره فيكتسبه ، فجعل النفقة في الجمع واجبة معلومة ، كنفقات الروجات ، وجعلها في المختصر بالمعروف . راجع مختصر المزني (٦٢ / ٣) ، ط الشعب والحواشي (١٥٠) .

(٣) في (ن) من أصحابنا [وهو خطأ] .

(٤) راجع المهذب (٥٠٨/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٥/٥) ، الجمل على شرح المنهاج (٥٩٩/٣) ، الحازي (١٥١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الوطئ] وهو خطأ . (٦) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (ن) . (٨) في (ن) ، (م) : [والأجر] .

(٩) في (م) : [البضع] . (١٠) ساقطة من (ع) .

(١١) راجع شرح الهجة (٢٩٠/٣) ، ط اليمينية بمصر ، مغني المحتاج (٣١٧/٣) ، وهذا القول لمصانبة

أيضاً ، للمضي (٤٢/٥) .

في المال ، وأجرة الحمل^(١) ، ولأنه^(٢) شرط نفسه قدرًا من الربح ليسلم له ، فإذا جعلنا نفقة السفر الذي تكلفه لأجل المال عليه يسلم له المقدار الذي شرطه فيقابل الأجران .

١٧١٦٣ - قالوا : نفقة تخص المضارب فكانت في ماله كنفقة الحضر^(٣) وأجر الطبيب وثمان الدواء^(٤) .

١٧١٦٤ - قلنا : نفقة الحضر في ماله ؛ لأنه لم يتكلف الإقامة لأجل المال ، ألا ترى أنه لو لم يأخذ المضاربة لأقام في وطنه ، وإذا لم يتكلف الإقامة لأجل المال لم ينفق منه ؟ وأما السفر فقد تكلفه لأجل المال المنفعة غير مضمونة ؛ فلذلك كانت النفقة من المال . وأما أجرة الطبيب وثمان الدواء فلأن النفقة أوجبتها بالعادة ؛ فاعتبرت النفقة التي اعتادها^(٥) الناس .

١٧١٦٥ - ولأن العقد إذا اقتضى نفقة من مال الغير^(٦) لم يدخل فيها الدواء ، وأجر الطبيب كنفقة الزوجة في مال الزوج^(٧) .

١٧١٦٦ - قالوا : من لا يجوز له أن ينفق من مال الغير في الحضر لا ينفق في السفر كالأجير^(٨) (٩) .

(١) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٢) قال في الكت : ردًا على قول المصنف « ولأنه شرط نفسه .. » قلنا يطل بنفقة الحضر ، ثم هذا بعارضه أن رب المال إنما قصد أن يسلم له الربح ، فإذا جعلنا الربح والنفقة عليه ، فربما أتت على الربح ، وقد تريد فأخذ من رأس المال . راجع التكت (كتاب المضاربة) .

(٣) المهذب (٥٠٨/١) ، والمغني (٤٢/٥) .

(٤) أي كأجر الطبيب وثمان الدواء في حالة السفر ، فهي في ماله عند القتالين بالنفقة له في السفر وليس في مال المضاربة .

(٥) في (ن) : [يعتادها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [العين] وهو خطأ .

(٧) من المعلوم أن من جعل للمضارب النفقة في السفر وجعلها بالمعروف قاسها على نفقة الزوجة من مال الزوج ؛ لأن المضارب في سفره محبوس لأجل المضاربة ، كما حسنت الزوجة في بيت الزوج ، فوجب لها النفقة في مال الزوج . وقد اتفق الدهيان على أن نفقة الزوجة في مال الزوج لا يدخل فيها ثمن الدواء ولا أجر الطبيب . راجع البدائع (٢٠/٤) ، المهذب (٢٠٧/٢) ، وقد ناقش الشيروزي قياس نفقة المضارب على نفقة الزوجة بحسب الحبس في كل بقوله : « قلنا : فيجب ذلك - أي النفقة - في الحضر كما قلنا في نفقة المرأة » ولأن الكاح أكد في البذل من المضاربة ، ولهذا يجب جميع البذل بالموت قبل التسليم ، ولا يجب في المضاربة . ولأن الكاح أخذ شيئا من النسب ، ألا ترى أنه يستحق به الميراث بخلاف المضاربة ، راجع التكت (كتاب المضاربة) .

(٨) في جميع النسخ « الأجر » وهو خطأ ظاهر ، لأن المراد أن الأجير لا يجوز له أن ينفق من مال المرحر وليس له إلا الأجرة سواء أكان في السفر أم الحضر .

(٩) قلنا : « من لا يجوز أن ينفق من مال الغير في الحضر لا يجوز له أن ينفق منه في السفر كالأجير » .

١٧١٦٧ - قلنا : الأجير ^(١) يستحق بدلًا مضمونًا ^(٢) ، فإذا وثق بسلامة ما رصي به من البذل لم يستحق النفقة . وأما المضارب فيجوز أن يتسلم له العوض ، ويجوز أن لا يتسلم ^(٣) ، والإنسان لا يعمل إلا مطلبًا للمنفعة فلا نحمله ^(٤) الإيقاق من ماله لمرض يجوز أن يسلم له ويجوز أن لا يسلم ^(٥) .

• • •

(١) بالنسخ [الأجر] وهو خطأ أيضًا . (٢) وهو الأجر .

(٣) وذلك في حالة عدم حصول ربح في مال المضاربة .

(٤) في (ن) ، (م) ، (ع) : [ضجمله] .

(٥) استدل الشافعية بدليل آخر لم يذكره المصنف ، قالوا إن النفقة قد تستغرق الربح فيلزم انفرده به أي المضارب ، وقد ترد عليه فيلزم أخذه من رأس المال وهو بنافي مقتضاه (أي المقد) شرح البهجة (٢٩٠/٣) ، بهاية المحتاج (٢٣٥/٥) .



شراء المضارب من يعتق عليه

١٧١٦٨ - قال أصحابنا : إذا اشترى المضارب من يعتق عليه وليس في المال فضل ^(١) ؛ صح الشراء ^(٢) . فإذا ظهر ربح ، عتق عليه نصيبه ، وإن اشتراه وفي المال فضل فالشراء لنفسه لا للمضاربة ^(٣) .

١٧١٦٩ - وقال الشافعي ^(٤) : إذا قلنا إن الربح لا يملك إلا بالمفاصلة ^(٥) لم يعتق بالظهور الربح .

١٧١٧٠ - وإن قلنا يملك بالظهور فهل يعتق ؟ فيه وجهان ^(٦) ، والكلام في وقوع الملك بالظهور يأتي من بعد .

١٧١٧١ - فأما قولهم : إنه يملك ، ولا يعتق ^(٧) ففاسد ؛ لحديث عائشة رضي الله عنها ^(٨) أن النبي ﷺ قال : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَجَمٍ مُحْرِمٌ عَتَقَ عَلَيْهِ » ^(٩) .

(١) إتباعه بذلك ، لأنه لو كان في المال فضل - أي ربح - ملك المضارب نصيبه فيه ؛ فيحصل العتق لمن اشتراه ، أما إذا لم يكن في المال ربح فالمضارب لم يملك شيئاً ، ومن ثم يملك جزءاً من أحمده الذي اشتراه ، فلم يعد ضرر على المضاربة .
(٢) هنا باتفاق الفقهاء . راجع البدائع (٩٨/٦) ، والمهذب (٥٨/١) ، والمدونة (١٢٤/٥) ، وإن كان المالكية يجعلون الشراء للمضارب إن كان موسراً .

(٣) في (ن) [لمطالبة] . راجع للمسألة في البدائع (٩٨/٦) ، المبسوط (٥٨/٢٢) ، حاشية ابن عابدين (٦٥١/٥) ، وبه قال المالكية إن كان يعلم بأنه يعتق عليه ، المدونة (١٢٤/٥) .

(٤) خلاف الإمام الشافعي هنا متعلق بالحالة الثانية فقط ، وهي إذا ظهر ربح في مال المضاربة . راجع : المهذب (٥٨/١) .
(٥) في (ن) ، (م) : [المأولة] وفي (ع) : [المعادلة] والمراد المقاسمة .

(٦) قال في المهذب : أحدهما : أنه يعتق منه بقدر حصته ؛ لأنه ملكه فعتق . والثاني : لا يعتق ؛ لأن ملكه غير مستقر ، لأنه ربما تلف بعض المال طرماً جبرانه بجماله . المهذب (٥٨/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٤/٥) ، والحاوي (١٧٤) ، وهو رأي أحاملة أيضاً ، المغني (٤٧ ، ٤٦/٥) وجرم المزني بالثاني ، وهو أنه لا يعتق . مختصر المزني (٦٢/٢) .
(٧) هذا رد على الوجه الثاني للشافعية القائل بأنه لا يعتق ، لأن ملكه غير مستقر .

(٨) الحديث بهذا اللفظ لم يرو من طريق عائشة ولفظ رواية عائشة : « من ملك ذَا رَجَمٍ مَهْهُ حَرٌّ » لمسانده من طريق عائشة ضعيف ، وإن كان له طرق أخرى قوية ، أخرجها أصحاب السنن . راجع نصب الرتبة للزيلعي (٢٨٠/٢) ط المكتبة الإسلامية .

(٩) هذا اللفظ أخرجه السيستاني في سننه من طريق ابن عمر ، وقال عنه سكر ، وقال الترمذي عن الحديث وهو خطأ عند أهل الحديث ورواه البيهقي وقال إنه وهم فاحش ، واختلاف فيه يدور حول ضربة بر ربيعة ، وقد رتعه ابن معين وغيره . راجع سنن الترمذي باب ما جاء فيمن ملك ذَا رَجَمٍ محرم (٦٤٧/٣) ، وسنن أبي

- ١٧١٧٢ - [ولأنه إذا ظهر المال مساوياً قدر مال المضاربة لم يحتق عليه ، وإذا تفاضلا جاز أن يحتق عليه من المضاربة قبل المفاضلة] ^(١) ، أصله رب المال . ولأنه حالة يمكن رب المال فيها الربح فيحتق على المضارب فيها أبوه إذا كان من المضاربة . أصله عند المفاضلة .
- ١٧١٧٣ - احتجوا : بأن ملك المضارب لم يتم فيه ؛ لأن نصيبه وقاية مال ورب المال ^(٢) ، والكلام إذا لم يتم المال لم يحتق كالمكتاب ^(٣) ، إذا ملك أباه ^(٤) .
- ١٧١٧٤ - قلنا : المضارب مالك تام للملك ، وإنما يزول ملكه بنقصان المال . وجواز أن ^(٥) يزول الملك بسبب طارئ لا يوجب نقصان الملك ، كما يجوز ^(٦) أن يزول ملك البائع عن الثمن ^(٧) بهلاك المبيع قبل القبض ، ولا يدل ذلك على نقصان ملكه فيه . قلنا المكتاتب إذا ملك أباه فإنه يساويه في صفته كما يساوي الحر أباه إذا ملكه .
- ١٧١٧٥ - قالوا : لو ^(٨) عتق من نصيب المضارب سَلِمَ له نصيب من الربح قبل أن يسلم لرب المال نصيبه ^(٩) بالقسمة .
- ١٧١٧٦ - قلنا : فأما ^(١٠) من طريق الحكم فلا يمتنع ؛ ألا ترى أن لأحد الشريكين في المال يحتق نصيبه ^(١١) من العبد ، فيسلم له نصيبه قبل أن يسلم لشريكه حقه ، ولو أراد ذلك لغیر ^(١٢) العتق لم يصح .

= داود (٢٦٠/٤) في الباب السابق حديث رقم (٢٩٤٩) .

- (١) كذا هذه العبارة . بجميع النسخ « ولأنه أخذ سواء قدر المضاربة لم يحتق عليه » أن صوابها « ولأنه أخذ سواء قدر للمضاربة يحتق عليه إذا تفاضلا فجاز أن يحتق عليه من المضاربة قبل المفاضلة » .
- (٢) في (م) ، (ع) : [لرب المال] .
- (٣) العبد يكتب على نفسه بتمته ، فإذا سمي وأداء عتق . اللسان « كتب » (٣٨١٧/٤) ، والكتابة ما تكن تعرف في الجاهلية ، وقبل كانت الكتابة متعارفة قبل الإسلام فأقرها الرسول ﷺ . نيل الأوطار (٩٢/٦) ، وللكاتب حكمه حكم العبد ما بقي عليه شيء ، وهو عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم . راجع نيل الأوطار (٩٢/٦) .
- (٤) راجع المهذب (٥٠٨/١) ، فتح العزيز (٣٩٠/١٢) ، الحاوي (١٧٥) .
- (٥) ساقطة من (م) ، (ع) .
- (٦) في (ن) : [لا يجوز] وهو خطأ .
- (٧) في (م) ، (ع) : [البين] وهو خطأ . (٨) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .
- (٩) في (ن) ، (م) ، (ع) : [زيادة] ، قبل لرب المال [وهي زيادة تقسم المتي] .
- (١٠) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .
- (١١) وذلك لقوله ﷺ ، فيما رواه الجماعة عن ابن عمر : « من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد ، قَرَمَ العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق عليه ما عتق » . راجع نيل الأوطار للشوكاني (٨٥/٦) ، وسنن النسائي (٣٩٩/٧) ورقم ٤٦٩٨ ، وراجع مختصر الطحاوي ١٢٦ .
- (١٢) في (م) ، (ع) : [لمين] .



شراء المضارب زوج ربة المال

١٧١٧٧ - قال أصحابنا : إذا اشترى مضارب ^(١) المرأة زوجها صح الشراء وبطل النكاح ^(٢) .

١٧١٧٨ - وقال الشافعي : في أحد قوليه ^(٣) : الشراء للمضارب .

١٧١٧٩ - لنا : أنه يملك يبعه على المضاربة إذا اشتراه ، فملك شراؤه للمضاربة بإذن رب المال ، وحاز بإطلاق المضاربة عليها . أصله : الزوج الذي طلقها صلاتاً ورجعاً .

١٧١٨٠ - ولا يلزم إذا اشترى أمة قد ولدت منه أنه لا يجوز شراؤها للمضاربة بإذن رب المال ^(٤) ، ولأن زوج أحد متعاقد المضاربة يملك المضارب بإطلاق المضاربة شراؤه . أصله : إذا اشترت ^(٥) المضاربة زوجها .

١٧١٨١ - احتجوا : بأن المضاربة تقتضي ما ينتفع بشرائه ويحصل به الربح ولا يستنصر به ، وشراء زوجها ينفسخ به النكاح ، ويسقط به المهر والنفقة ، فلم يجز ^(٦)

(١) في (ن) : [المضارب للمرأة] وفي (م) : [لمضارب المرأة] .

(٢) قال الزيلعي : « ولو كان الذي دفع إليه المال امرأة فاشترى به المضارب زوجها صح الشراء ، وبطل النكاح ؛ لأنه دخل في ملكها بالشراء » راجع (تبين الحقائق ٥ / ٦٠) ومذهب الحنابلة يوافق الأصحاب في هذه المسألة ، راجع المعني (٥ / ٤٥) ، كشف القناع (٣ / ٥١٤) .

(٣) انتقلت كتب المذهب الشافعي في الوارد في هذه المسألة على قولين أو وجهين ، وأكثرها على أنها جهان ، وذكر الإمام الماوردي أنهما قولان ، ومعلوم أن القول للإمام ، والوجه للأصحاب عند الشامية . والقولان أو الوجهان الواردان في المسألة يجريان في الشراء بغير إذنها ، فإن كان بإذنها صح الشراء وبطل النكاح عندهم ، راجع الحاوي (١٧٢) وقد ذكر صاحب المذهب الوجهين فقال : « أحدهما لا يلزمها ؛ لأن المقصود شراء ما ينتفع به ، وشراء الزوج تنفسخ به ، لأن النكاح يتفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها . والثاني : يلزمها ؛ لأن المقصود بانقراض شراؤها ما يربح فيه ، والزوج كغيره في الربح ، فلزمها شراؤه » راجع المهذب (٥٠٨/١) ، بهاية المحتاج (٥ / ٢٣٤) ، فتح العزيز (٣٥/١٢) ورجع الجرمي بأن الشراء للمضارب إن كان الصن في الذمة ، فإن لم يكن في الذمة فلا يصح الشراء أصلاً . راجع الجرمي على الخطيب (١٦٣/٣) والجمل على شرح المنهج (٥١٨/٣) .

(٤) قال الشيرازي معترضاً لا ضرر عليها في شراء غيره وفي شرائه ضرر « النكت » .

(٥) هي (ن) : [اشتر] وهو خطأ .

(٦) هي (م) ، (ع) : [تسقط] وهو خطأ من الناسخ .

كشراء ذوى أرحامها^(١) .

١٧١٨٢ - قلنا : الزوج يحصل بشرائه^(٢) منفعة وهو الربح ، وليس فيه ضرر على المضاربة [والمعتبر المنفعة والضرر الذي حدث رجع إلى المضاربة لا]^(٣) إلى غيرها^(٤) .
١٧١٨٣ - ألا ترى أنه لو اشترى عبداً قد حلف رب المال لا يملكه صح الشراء . وإن استتضر بالحنث . وكذلك لو كان المال لا يبلغ ثمن رقبة وليس لرب المال غيره . وقد لزمته كفارة الظهار فاشترى المضارب عبداً فإن رب المال يستتضر ، لأنه يجب عنده ويصح الشراء .

١٧١٨٤ - لأن هذا الضرر لا يعود إلى مال المضاربة كذلك هذا . أما الضرر الذي يلحقها بسقوط المهر والنفقة فغير مؤثر ؛ لأنها لو كانت قد استوفت^(٥) المهر وأسقطت نفقتها بالنشوز ؛ لم يصح الشراء عندهم ، وإن لم تستتضر في مهرها ولا نفقتها^(٦) . والمعنى في شراء من يعتق عليها أنه^(٧) لا يتمكن من بيعه على المضاربة ومقتضاها شراء ما يمكن بيعه عليها .

-
- (١) للذهب (٥٠٨/١) ، ونهاية المحتاج (٢٣٤/٥) ، فتح الميز (٣٥/١٢) ، والكت .
(٢) في (ع) : [شراؤه] وهو خطأ . (٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) وإنما تحصل المنفعة بشراء الروح ؛ لأن فسخ النكاح وسقوط المهر أمر خارجي لا يؤثر في بيعه فالضرر يعود على ربة المال وليس على المضاربة ، وقد استدلل بهذا الخطاب والخاصية في وجههم المواق للأحكام والخاصة ، راجع المهدب (٥٠٨/١) ، كشاف القناع (٥١٤/٣) .
(٥) في (ن) ، (م) : [استوفيت] . (٦) لأن مهرها ساقط أصلاً .
(٧) في (م) لأنها لا تتمكن [وفي ع] إنها لا تتمكن .



شراء المأذون بالتجارة أبا مولا

١٧١٨٥ - قال أصحابنا : إذا اشترى المأذون أبا مولا جاز وعق ، إن كان لم يكن على العبد دين ^(١) .

١٧١٨٦ وقال الشافعي : لا يجوز الشراء في أحد القولين إلا بإذن المولى ^(٢) .

١٧١٨٧ - لنا : أن المأذون يتصرف لنفسه ، بدلالة أنه لا يرجع على المولى بيديه ، نجاز أن يشتري من يعتق بالشراء كالحُر .

١٧١٨٨ - ولأنه رفع للحجر ^(٣) ، كما لو أعتقه وكما لو بلغ الصبي ^(٤) .

١٧١٨٩ - احتجوا : بأنه أذن له ، لتحصيل المال والاكتساب لا يتلقه ^(٥) .

١٧١٩٠ - قلنا : تصرفه ^(٦) عندنا ليس من طريق الإذن ، وإنما هو بزوال الحجر ، بدلالة أنه لو نهاء عن شراء من يعتق عليه ^(٧) ؛ لم يصح نهيهِ ^(٨) ، ولو أذن له في شيء خاص ملك التصرف العام ^(٩) . وإذا لم يسلم أن تصرفه بالإذن لم يعتبر صفة الإذن ومقاصد المولى فيه .

(١) تبع المصنف الماوردي من الشافعية في ذكر هذه المسألة ضمن مسائل المضاربة ، وسائر كتب الشافعية ذكرت للمسألة ضمن مسائل العبد المأذون .

(٢) راجع البحر الرائق (٢٨٩/٧) . ابن عابدس (٦٥١/٥) ، وهو مذهب الإمام مالك راجع للدعوة (٣٣٠/٥) .

(٣) والقول الثاني : أنه يصح ، لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه ، فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه ؛ فوجب أن يملك جميع ما يملك . للذهب (٥١١/١) ، والحاوي (١٧٣) .

(٤) في (٢) ، (ع) : [دفع الحجر] والضمير في لأنه راجع على الإذن . والحجر يفتح الحاء وسكون الجيم - لغة المنع . القاموس المحيط باب الرأه فصل الحاء (٤٦١) وشرعا المنع من التصرفات المالية وأسبابه بوجه العموم . انفسه والغنى والصبا والجنون والعتق . راجع البيهقي (١٦٩/٧) ، الباب (٦٦/٢) ، مضي الخياط (١٦٥/٢) ، وللذهب (٤٣٢/١) ، بداية المجتهد (٢١٠/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٢٢٧/٢) ، والمحلى لابن حزم (٢٧٨/٨) .

(٥) فإن الصبي بالبلوغ يرتفع عنه الحجر . (٦) راجع الحاوي (١٧٣) .

(٧) في (ع) : [تصرفه] وهو تصحييف . (٨) سابقة من (٢) ، (ع) .

(٩) أي نهي المولى ، وهو فرق بين المأذون والمضارب ، حيث إن للمأذون يتصرف بالحكم لا بالإذن عند الاستئناف . خلافاً للمضارب .

(١٠) في (ن) [والصام] راجع ابتداء (١٩٢ / ٧) .



اشتراط جميع الربح لأحد المتضاربين

- ١٧١٩١ - قال أصحابنا : إذا دفع مالا مضاربة على أن جميع الربح للمضارب مع وكان قرضاً ^(١) . وإن قال : على أن جميع الربح لي ^(٢) صح وكان مبضاً ^(٣) .
- ١٧١٩٢ - وقال الشافعي : يكون قرضاً فاسداً ^(٤) .
- ١٧١٩٣ - لنا : أنه أذن له في التصرف على أن يكون ^(٥) جميع الربح له فكان قرضاً ^(٦) .
- ١٧١٩٤ - أصله : إذا قال : انجز فيه على أن يكون ^(٧) ربحه لك ، ولم يذكر المضاربة أو [نقول أذن له] ^(٨) في التصرف في المال على أن جميع الربح لصاحب المال ، فكان

(١) القرض - ما أسلفت من إساءة أو إحسان وما تعطيه لتقضاه . المساء (٣٥٨٨/٤) (قرض) ، القاموس المحيط باب الضاد فصل القاف (٣٥٤/٢) . (٢) في (ن) : [إن] وهو خطأ .

(٣) في (ع) : [مصفاً] وهو خطأ والإيضاح : أخذ للمال لينجز فيه وربحه كله لرب المال . راجع المسألة في البسوط (٢٤/١٢) ، والبحر الرائق (٢٨٧/٧) ، ابن عابدين (٦٤٧/٥) .

(٤) وإن كان الشافعية لا يفرقون بين الفاسد والباطل فكلهما يعني عدم الصحة عندهم ، إلا أنهم استواس ذلك بعض الأمور التي فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، قال السيوطي : « الفاسد والباطل عندنا مترادفان إلا في الكتابة والحلج والمعارية والوكالة والقرض ، وفي العبادات في الحلج » فإنه يبطل بالردة ويفسد بالجماع ولا يبطل بالشبه والنظائر للسيوطي ١٨٧ ط دار الفكر ، والتمهيد للأستوى ص (٦١) ط مؤسسة الرسالة . وروى ما سبق أن الفاسد في القراض عند الشافعية هو الفاسد الذي قال به الأصناف ؛ لأن الفاسد عندهم بخلاف الباطل . فالباطل : ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه . كبيع ما في بطون الأمهات ، والفاسد : ما شرع بأصله دون وصفه كالربا . وقد استثنى الأصناف من قاعدتهم السابقة أموراً لم يعرفوا فيها بين الفاسد والباطل ، وهي : العبادات ، والنكاح . راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٧) ط مؤسسة الحلبي للطباعة والنشر ، والفرق بين الفاسد والباطل عند الأصناف أن الفاسد لو كان في البيع يملك به المبيع ، خلافاً للبطل ، فكان المقد فيه لم يكن ، كما أن الفاسد يمكن تصحيح العقد فيه برفع سبب فساد العقد خلافاً للبطل . راجع المسألة في المهذب (٥٠٦/١) .

والبحرسي على الخلط (١٦١/٣) ، الحاوي (١٨٩) ، وحاشية الشرقاوي على الصبر (١٠٢/٢) .

والجمل على المنهج (٥١٣/٣) ، ونهاية الاختصاف (٢٢٥/٥) ، وهو منسوب الحاشية لراجع لمسي (٣٥/٥) .

وحكى صاحب خزع العزیز في صورتين وجهين . قال في الأولى التي شرط فيها الربح للمضارب أصبحها أنه قراض فاسد ، وعابه للفظ وفي الثانية حكى الوجهين من غير تصحيح .

- (٥) ساقط من (ن) .
- (٦) في (ن) : [قرض] وهو خطأ .
- (٧) في (ع) : [أذن لي به] .
- (٨) ساقط من (ن) .

١٧١٩٥ - كذلك إذا شرط الانفراد بالربح كان قرضاً^(٢) وإن لم يصرح به ، ولأن كل لفظ لو أقرن^(٣) بشرط مقاسمة الربح كان قراضاً ، وإذا أقرن^(٤) بشرط سلامة الربح للعامل كان قرضاً^(٥) . أصله : إذا قال خذهُ واتجر فيه .

١٧١٩٦ - احتجوا بأنه لما ذكر القراض صحيحاً^(٦) ومن حكمه مقاسمة الربح . ثم شرط الانفراد بالربح ، وقد نفى موجب العقد^(٧) ، ففسد العقد .

١٧١٩٧ قلنا : الحكم يتعلق بمعاني العقود لا بألفاظها^(٨) ، ألا ترى لو عبر العقد^(٩) .

(١) بقصد بذلك أن العبرة بمعنى العقد لا بلفظه ، ومعناه هنا : أنه بضاعة . واختلف أصحاب الشافعي في اعتبار اللفظ هنا أو عدم اعتباره ، ففي فتح العزيز : « ولو قال : خذ هذه الدراهم فتصرف فيها والربح كله لك فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك على أن الربح كله لك ؛ لأن اللفظ يصرح بمقد آخر » أي عقد المضاربة ، قال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وعى القاضي حسين : أن الربح والحسran للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضاً ؛ لأنه لا يملكه ، ولو قال : تصرف فيها ، والربح كله لي فهو إرضاع^(١٠) واجمع فتح العزيز (١٩/١٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) بالنسخ [قراضاً] وهو خطأ .

(٤) في (ن) : [أقر] ، وفي (ع) : [أقر من] وكلاهما خطأ .

(٥) في (ن) : [قرن] . (٦) بالنسخ قراضاً وهو خطأ .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) . (٨) واجمع : نهاية المحتاج (٢٢٥/٥) .

(٩) هذا عند الأحناف ؛ فإنهم ينظرون إلى المعنى الذي دل عليه المقدر لا إلى لفظه ، ولذا فإن الإجارة تصدق عديم بلفظ الهبة والتملك ، وينتقد الكساح بما يدل على ملك البضغ . كالبيع والشراء والهبة والتمليك . وقد قال ابن نجيم : « الاختيار للمعنى لا للألفاظ ، صرحوا به في مواضع ، منها : للكفالة ، فهي بشرط إراءة الأصل حرة ، وهي بشرط عدم براءته كفالة » ثم قال : وينفرض على هذه القاعدة أنه لو شرط رب المال للمصارب كل الربح كان المال قرضاً ، ولو شرط لرب المال كان بضاعة^(١١) راجع الأشياء والنظائر له (٢٠٨) . أما الشامية : قد اختلفوا في كون العبرة للفظ أم للمعنى ، وهو ما نص عليه السيوطي فقال : « هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ خلاف ، والتجميع مختلف .. ثم قال : وهو يفرع على هذا الخلاف عند الشافعية .. وسها لو قال : حد هذه الألف مضاربة ، ففي قول إرضاع لا يجب فيه شراء ، وفي آخر مضاربة فاسدة توجب حرة المثل .. وكذا فرع عليها المسألة التي نحن بصددها ، فقال : ومنها إذا قال : قارضتك على أن كل الربح لك ؛ بالأمسح أنه إرضاع حاسد رعاية للفظ ، والثاني : قراض صحيح رعاية للمعنى ، وكذا لو قال : على أن كله لي ، فهل هو قراض قاسد أو إرضاع ؛ الأصح الأول . راجع الأشياء والنظائر لسيوطي (١١١ ، ١١٢) ، المواهب السنية بهامش ص (٢٨٣) ، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص (١٣) ، ط العرب الإسلامي . والخلاف حول هذه القاعدة هو الخلاف الرئيس في اختلافهم في حكم المسألة ، وقد رأينا الأحناف يرون أن العبرة بالمعنى لا باللفظ ، =

١٧١٩٨ - ألا ترى لو عبر عن البيع بالتملك أو بالمعارضة جاز ؟ وقد فسر معنى القرض ومعنى المضاربة ، فوجب أن يعتبر المعنى الذي فسره دون لفظ العقد كما قال لعبد : بحثك نفسك بألف كان ذلك عقداً ، ولم يعتبر صريح لفظ البيع ؛ لأنه أتى بمعنى الحق^(١) .

• • •

ولذا لم ينظروا للفظ المصاربة ، بل إلى معنى الكلام ، فلما شرط الربح للمعامل دون رب المال فقد عبر عن حقيقة القرض ، ولما شرط العكس عبر عن حقيقة الإضاع ، فانصرف كل واحد منها إلى عقده . أما غير الأحاب فإنهم نظروا إلى اللفظ ، ومع ذلك اختلفوا في حكم المسألة على حد النحو . أبطلها الشامي والخاتبة ؛ لأن العقد صرح فيه بعقد المضاربة ، ثم اشترط ما ينافي مقتضاه ، والشرط المنافي لمقتضى العقد عندهم يتكفل ، ويقتل العقد (راجع للمذهب ٥٢٨/١) ولذا لو استعمل في هذا الموضع عندهم لفظاً آخر غير للمضاربة صح العقد عندهم كالأحناف . أما المالكية : فمع أنهم نظروا إلى اللفظ أبشراً إلا أنهم صححوا العقد ، ولم يطهروه . ووجه نظرهم : أنه عقد صحيح تصدق أحدهما للآخر بتسليمه من الربح ، فكأنه وهبه له ، والهمة جازة ، مع ملاحظة أن العقد عندهم ليس عقد مضاربة كما سيأتي . راجع المسألة وأصولها في المبسوط (٢٤١/١٢) ، والبحر الرائق (٢٨٧/٧) ، ابن عابدين (٦٤٧/٥) ، نكسة فتح القدير (٤٤٧/٨) ، نهاية المحتاج (١٢١٦/٥) ، مواهب الجليل (٣٦٢/٥) ، المدونة الكبرى (١٠٩/٥) ، المفني (٣٥/٥) ، شرح سنن الإمام (٣٦٨/٢) . (١) قال في الكت معترضاً على ما ذكره المصنف هنا (قالوا : الحكم يتضمن بمعنى العقود لا بأنفاطها ، كما لو قال لعبد : بحثك نفسك بألف ، فإنه يكون عقداً ، ولا يعتبر صريح لفظ البيع ، قلنا : يظل بما قلنا عليه . والمعنى في الحق أنه يصح بلفظ البيع ، والفراض لا يصح بلفظ البيع) . راجع التكت (المصاربة) .



اقتضاء ديون المضاربة بعد فسحها

١٧١٩٩ - قال أصحابنا : إذا تفاسخا ^(١) المضاربة والمال ديون على الناس ولا ربح فيها ^(٢) لم يجبر المضارب على الاقتضاء ، وله أن يحيل رب المال بالديون ليقضها ^(٣) .
 ١٧٢٠٠ - وقال الشافعي ^(٤) : يجبر المضارب ^(٥) على الاقتضاء ^(٦) .
 ١٧٢٠١ - لنا : أن الديون ملك لصاحب المال ، فلا يجبر من لا يملكه ^(٧) على المطالبة بها من غير عوض ولا ولاية . أصله : إذا باع الوكيل ^(٨) .
 ١٧٢٠٢ - ولأنه تصرف بأمره ولم يحصل له عوض في مقابلة ^(٩) تصرفه ؛ فلم يلزمه الاقتضاء كالوكيل .

١٧٢٠٣ - ولا يلزم إذا كان في المال ربح ؛ لأن تصرفه بعوض فيجبر [عليه كالأجير] ^(١٠) .
 ١٧٢٠٤ - فإن قيل : المضارب يجب عليه رد رأس المال على صفته ، فيجب أن
 (١) اتسع العزم والبيع والشكاح : انتقض . راجع القاموس المحيط باب الحاء فصل الفاء (٢٧٦/١) .
 (٢) قوله : « ولا ربح » قيد مهم للدلالة على محل النزاع ؛ لأنه لو كان فيها ربح أجز على الاقتضاء ؛ لأن عمله له مقابل ، وهذا لا خلاف عليه كما سيتضح في ثانيا المسألة .
 (٣) البحر الرائق (٢٩٢/٧) ، حاشية ابن عابدين (٦٥٦/٥) ، تبين الحقائق (٢٦٧/٥) تكملة صح القدير (٤٧٠/٨) .
 (٤) (٤) ، (٥) : [المقارض] وكلاهما صواب .

(٥) في (٢) ، (٣) : [المقارض] وكلاهما صواب .
 (٦) للذهب (٥٠٩/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٩/٥) ، البحرمي على الخطيب (١٦٥/٣) ، فتح البزري (٧٣/٢١) ، وهو مذهب الحنابلة أيضاً . المغني (٦٥/٥) . أما المالكية فإنهم يفرضون أمر إقتضاء المال عند اختلاف الطرفين إلى الحاكم ، فإن لم يكن قولي جماعة المسلمين . وهم بذلك يقتضون بابا للعرف . راجع الدسوقي على الشرح الكبير (٥٣٥/٣) .
 (٨) أي إذا باع الوكيل ثم عزمه إلى التوكيل قبل أن يقبض الوكيل التمس . وقد أحاب الشيرازي عن هذا بقوله (الوكيل لا يلزمه يبدل ، والعامل يلزمه مع الربح ؛ فله من غير عوض) . التكت .
 (٩) في (٢) ، (٣) ، (٤) : [مطالبة] وهو خطأ .

(١٠) غير مقررة بجميع السبع ، وبدل عليها ما جاء في تبين الحقائق ؛ ولو افترقا وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون ؛ لأنه كالأجير والربح كالأجرة ، وقد سلم له ذلك فيجبر على إتمام عمله ؛ تبين الحقائق (٦٧/٥) .
 وكذا ما جاء في شرح العناية على الهداية : « وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المصارب أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لكونه بمنزلة الأجير ، وأجره الربح » . شرح العناية (٣٤٧/٧) ، وفي الهداية : « وإذا افترقا ، وفي المال ديون »

يقتضي الديون حتى يصير بصفة ^(١) رأس المال ^(٢) .

١٧٢٠٥ - قلنا : المضارب لا يلزمه التسليم ، وإنما يلزمه رفع يده عن المال المودع ^(٣) ، فإذا أحال بالدين فقد أزال يده وتصرفه عنه ، فلا يلزمه أكثر من ذلك .
١٧٢٠٦ - وقولهم : إنه يلزمه رد رأس المال بصفته ^(٤) فهذا يلزمه عند حصول الربح ، فأما مع عدم الربح فلا يلزمه إلا رفع يده .

١٧٢٠٧ - قالوا : لو تفاسخا وهناك عروض وجب على المضارب بيعها ، لرد رأس المال بصفته ^(٥) .

١٧٢٠٨ - قلنا : بيع العرض حسن للمضارب يجوز أن يحصل فيه الربح ، فإذا لم يكن فيه ربح ونص بتسليمه إلى رب المال ؛ لم يجبر على بيعه / .

= وقد ربح المضارب فيه ، أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير ، والربح كالأجر له ، وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء ؛ لأنه وكيل محض ، والمضارع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به . النهاية (٤٣٨/٧) ، طبع مع تكملة فتح القدير والكفاية وشرح النائية بمطبعة دار إحياء التراث العربي .

(١) في (م) ، (ع) : [نصفه] وهو خطأ .

(٢) قال في المهذب : « وإن فسخ العقد وهبك دين وجب على العامل أن يتقاضاه ؛ لأنه دخل في العقد ، على أن يرد رأس المال ، فوجب أن يتقاضاه ليرده » . للمهذب (٥٠٩/١) .

(٣) المودع هو من يجعل عنده الوديعة ويأتي تعريفها ، ومعنى ما قاله المؤلف أن المودع يلزمه تسليم الوديعة إلى أهلها برفع يده عنها ، وتخليتها لصاحبها ، وأداء الوديعة واجب بالإجماع ، ففي المبسوط : وبعد القبول ، أي قبول المودع للوديعة عليه أداء ما التزم وهو الحفظ حتى يؤديها إلى صاحبها لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأُكُفْنَ إِلَى أَهْلِهَا ﴾ النساء : ٥٨ . راجع المبسوط (١٠٦/١) . وفي البدائع قال وهو يعدد أحكام الوديعة : « ومنها ربح دفعها إلى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانته فلو ضاعت بضمن المودع . البدائع (٢١١/٦) . وقد نزل من المنذر إجماع النساء على ذلك . راجع الإشراف على ملاب أهل العلم (٢٥١/١) ط إدارة إحياء التراث الإسلامي ، فقط . ومن خلال ما سبق أرى فساد قياس المصنف للمضارب على المودع ، لعدم قوت الحكم في الأصل (٤) قال في فتح العزيز فيه حالات : أن يكون فيه ربح فعلى المامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه وإن لم يملكه المالك . وليس للمامل تأخير البيع إلى توسم رواج المتاع ، لأن حق المالك يبيع ، ولو قال المالك : زكت حقك ولا تكلفني البيع ، هل عليه فيه الإجابة ؟ فيه وجهان : أقربهما المنع ، لرد المال كما أمد ، وإن في التضيض مشقة ومؤنة . فتح العزيز (٧٤/٢ ، ٧٥) .

(٥) استدلوا كذلك بأن الدين ملك ناقص ، وقد أمد منه ملكا كاملا فله رد . فتح العزيز (٧٣/١٢) ، وإذا كان كذلك ملكا ناقصا لأنه على خطر ، فقد لا يحصل عليه صاحبه بأن يجمعه المدين مثلا أو يفسد . راجع قولهم في العروض بما انفسخت المضاربة ، وإيجاب المضارب على بيعها . في الحاوي (١٨٠ ، ١٨١) ، الكت والمني لأبي قلادة (١٥/٥)



ملك الربح بالظهور أو بالقسمة

- ١٧٢٠٩ - قال أصحابنا : إذا ظهر ربح في مال المضاربة ملك المضارب منه حصته ^(١) .
- ١٧٢١٠ - وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في القول الآخر : لا يملك إلا بالقسمة ^(٢) .
- ١٧٢١١ - واختلف أصحابنا في المساقاة ، فمنهم من قال : إنها على قولين كالمضاربة ، ومنهم من قال : إن حصته ^(٣) العامل تملك ^(٤) بالظهور قولاً واحداً . وهو الصحيح ^(٥) .
- ١٧٢١٢ - لا : أنه غير صحيح على أصل يوجب الاشتراك ^(٦) في النماء ؛ فوجب أن يظهر النماء على الشركة . أصله : عقد الشركة .
- ١٧٢١٣ - ولأن له المطالبة بالقسمة إذا نض ^(٧) المال . [وكل من له] ^(٨) . المطالبة بقسمة ربح المضاربة لنفسه كان مالكاً لجزء منه . أصله : رب المال . ولأن كل من ملك مطالبة غيره بقسمة مال بينه وبينه وجب أن يكون شركة بينهما ؛ كالمرابطة . والشركاء شركة عتاق ^(٩) .

(١) ولذلك قالوا بصحة شراء المضارب من يعتق عليه إن كان في المال ربح ؛ لأنه يملك نصيبه في الربح ؛ فيكون ما اشتراه مملوكاً له . البدائع (٩٨/٦) ، الميسرة (٥٨/٢٢) ، حاشية ابن عابد (٦٥١/٥) .

(٢) في المذهب (وإن ظهر في المال ربح فميه قولان ، أحدهما : أن الجميع لرب المال ، فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة ، لأنه لو ملك حصته من الربح لصار شريكاً لرب المال ، حتى إذا هلك شيء كان مالكاً من المالين ، فلما لم يجعل الثالث من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئاً . والثاني : أن العامل يملك حصته من الربح ، لأنه أحد اعتقاضين ، فسلك حصته من الربح بالظهور كرب المال . المذهب (٥٠٨/١) ، وانظر نهاية المحتاج ، وصرح عن عدم الملك إلا بالقسمة بالأظهر (٢٣٦/٥) ، فتح العزيز (٥٦/١٢) ، للجليل على شرح المنهاج (٥١٩/٣) ، والمحايي (١٧٤ ، ١٧٥) . (٣) ساقطة من (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [تختلف] وفي (ص) : [يملك] .

(٥) انظر للمذهب (٥١٥/١) ، وقد ذكر البحرني الثاني مجزئاً به ، البحرني على الخطيب (١٧٠/٣) .

(٦) من (م) ، (ع) : [الإثراء] .

(٧) الناض من المال : ما تحول وَرَقاً (أي فضة) أو عينا (ذهباً) بين يديه . اللسان نضض (٤١٥٦/٦) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وكان له من] وهو خطأ .

(٩) شركة العتاق : نوع من أنواع الشركة . والشركة : هي الاجتماع في تصرف أو استحقاق . وشركة العتاق =

١٧٢١٤ - فإن قيل : لا نسلم أن المال بينه وبينه ^(١) .

١٧٢١٥ - قلنا : يملك مطالبته بقسمة المال بينه وبينه ^(٢) ، وهذا يقتضي إذا اقتسم وهذا مسلم ، ولأن كل حالة كان الربح في الشركة ملكاً لهما كان في المضاربة ملك بينهما ^(٣) ، أصله بعد المفصلة .

١٧٢١٦ - احتجوا : بأنه لم يسلم إلى رب المال رأس المال ، فوجب أن لا يملك حصته من الربح ^(٤) .

١٧٢١٧ - أصله : إذا كان رأس المال ألفاً فاشترى به عيدين ، كل واحد يساوي ألفاً .

١٧٢١٨ - قلنا : عندنا يملك المضارب حصته من الربح ولكن لا ينفذ عتقه فيه ^(٥) ولأنه

- سميت بذلك كما قال في المعجم الوسيط إذا اشتركا على السواء ، لأن العنان طاقان متساويان (الشمع الوسيط عن (٦٣٢/٣) ط مجمع اللغة العربية مطبعة مصر . ومعنى ذلك : أن الشريكين في شركة لعنان يتساويان في المال والتصرف في الشركة . وشركة العنان مجمع على جوازها ، وإنما الخلاف في بعض شروطه وعلة تسميتها ، وقد جمع ابن قدامة ذلك كله فقال : « هي أن يشترك رجلان بمالهما على أن يعملا بهما والربح بينهما » حسب ما يشترطانه . (وهي جائزة بالإجماع ، ذكره ابن المنذر ، وإنما الخلاف في بعض شروطها وفي علة تسميتها شركة عنان ، فقليل : سميت بذلك ، لأنهما يتساويان في المال والتصرف كالعاملين إذا شروا بين فرسهما ، وتساوا في السير ، فإن عنائيهما يكونان سواء . وقال الفراء : هي مشتقة من عن الشيء إذا عرض ، يقال : عنت لي حاجة إذا عرضت ، فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه : وقيل : هي مشتقة من اعانة وهي المعارضة : يقال : عانت فلاناً أو عارضه مثل ماله وأعماله ، فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وعمله . راجع المعنى لابن قدامة (١٦/٥) . (١) وجه عدم التسليم بذلك أن الذي بينهما في المضاربة إنما هو الربح لا رأس المال ، إذ هو لرب المال وليس للمضارب فيه شيء ، والربح لا يظهر إلا بعد تمام رأس المال ، وهذا لا يظهر إلا بالقسمة خلافاً لشركة والميراث ، فإنهما يشتركان في أصل المال إلا في بعض أنواع من الشركة ، كالوجوه والمضاربة عند من يجعلها شركة ، كما سبق .

(٢) في (م) ، (ع) : [مطالبه] . (٣) في (ن) : [مهأ] .

(٤) هذا الدليل استدل به الشافعية على فرع فرعه على هذه المسألة ، حيث قالوا : إذا قلنا : « إنه يملك حصته بالظهور فليس ذلك ملكاً مستقراً بل لا يتسلط العامل عليه ولا يملك التصرف فيه ، لأن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران فادامت المعاملة باقية ، حتى لو اتفق خسراً كان محسوباً من الربح ، دون رأس المال » . ولنفث قالوا : لو طلب أحدهما قسمة الربح قبل القسمة وامتنع الآخر بجبر عليه : لأن العامل يقول : لا أس خسرو ضحاج إلى رد ما اقتسمنا ، وإنما لك يقول : الربح وقاية مالي ، فلا أدفع إليك شيئاً حتى تسلم لي رأس المال . راجع المذهب (٥٠٨/١) ، فتح العزيز (٥٧/١٢) ، (١٠٤) ، والحاوي (١٧٥) .

(٥) ليس في هذا مخالفة لما سبق أثناء الحديث عن شراره من يحتق على المضارب من اعتراض النصف على ^(٦)

إذا اعتق أحدهما بعينه لم يجز أن^(١) ينفرد به إلا على طريق القسمة ، وقسمة العبد^(٢) لا تصح عدنا ، وإن اعتقهما جميعاً ، لم ينفذ عتقه ؛ لأن عتق رب المال يصح فيهما^(٣) .
١٧٢١٩ - والذي يدل على^(٤) أنه مالك لحقه : أن رب المال لو اعتقهما ضمن للمضارب نصيبه .

١٧٢٢٠ - قالوا : لو كان الربح للمضارب كان الهالك من الحقيقين^(٥) .

١٧٢٢١ - قلنا : كذلك نقول الهالك من الربح الذي بينهما^(٦) لا يختص به نصيب أحدهما .

١٧٢٢٢ - فإن قالوا : كان يجب أن يكون الهالك من الربح ورأس المال .

١٧٢٢٣ - قلنا : هذا لا يدل على أن المضارب لا يملك [ألا ترى أن رب المال يملك الربح والهالك [ورأس المال ، والمضارب يملك في الربح والهالك [دون رأس المال ؟]^(٧) .

١٧٢٢٤ - ولأنه [يجوز^(٨) أن يكون المال بين اثنين ، والهالك من نصيب أحدهما ، كمن أوصى لرجل بمائة [^(٩) من ثلث ماله ولاخر بما بقي من الثلث ، فأنثلت مشترك بينهما ، والهالك من نصيب الموصى له بما بقي .

١٧٢٢٥ - قالوا : الربح وقاية لرأس المال^(١٠) ، فلو ملك المضارب [لا يستحق^(١١) قبل سلامة رأس المال^(١٢) .

= قول الناصية في أحد الوجهين فيما إذا ملكوا المضارب حقه بظهور الربح ، فهل يعتق العبد أولاً ؟ وقال بأن قولهم إنه يملك ولا يعتق فاسد ؛ لحديث عائشة رضي الله عنها : من سلك ذا رحم محرم منه عتق ؛ وذلك لأن الكلام هناك كان يتعلق بالمد الذي الرحم ، وهو يعتق بالملك لنص الحديث ، خلافاً للعبد هنا ؛ فإنه مطلق عبد وليس ذي رحم ، وقد يملك العبد ولا يعتق .

(١) في (ن) : [أو] .

(٢) في (م) ، (ع) : [العبد] .

(٣) لأن رأس المال ملك فيه ، فيملك ما حصل من الشراء به .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) راجع المذهب (٥٠٨/١) ، المجرمي على الخطيب (١٦٤/٣) ، فتح العزيز (٥٦/١٢) ، والحاوي (١٧٥) .

(٦) أي ليس من رأس المال والربح ، بل من الربح فقط .

(٧) ما بين المكوفين زيادة غير موجودة في أي النسخ ، وإثباتها من ضرورات السياق .

(٨) في (ع) : [لا يجوز] وهو خطأ .

(٩) في (ن) : [كتابة] وهو خطأ .

(١٠) قاعدة : الربح وقاية لرأس المال .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يستحق] وهو خطأ .

(١٢) راجع نهاية المحتاج (٢٣٩/٥) ، والحاوي (١٧٥) .

١٧٢٢٦ - قلنا : رأس المال سالم له ، لأن يذ المضارب قائمة مقام يده ، فصار كما لو سلم رأس المال إلى وكيله ، فإن نقص المال ؛ زال ملك رب المال لغوات الشرط الذي ملك به .

• • •

مَوْسُوعَةٌ
الْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ الْمَقَانِئَةُ
الْمُسَمَّاةُ
الْبَحْرُ الْبَحْرِي

كتاب العبد الماذون في التجارة



استفادة التصرف العام بالإذن الخاص

١٧٢٢٧ - قال أصحابنا : إذا أذن لعبده في نوع من التجارة ، جاز أن يتصرف في جميع الأنواع ^(١) .

١٧٢٢٨ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يتصرف إلا فيما أذن له ^(٢) .

١٧٢٢٩ - لنا : أن الإذن إطلاق ^(٣) من خبر فلا يختص تصرفه بنوع من الأموال كالعتق .

١٧٢٣٠ - ولأنه يتصرف لنفسه بدلالة أنه لا يرجع عليه بالديون فصار كالمكاتب ^(٤) .

١٧٢٣١ - فإن قيل : لو كان إطلاقاً ، لجاز أن يتزوج .

١٧٢٣٢ - قلنا : [لا يمتنع] ^(٥) أن يكون الإذن له إطلاقاً ، ولا يستفاد به التزويج كالمكاتب في إطلاقه ^(٦) ، فيجوز أن يتصرف المكاتب ^(٧) في جميع التجارات ، ولا يجوز أن يتزوج ^(٨) . ويلوغ المرأة عند مخالفنا سبب لإطلاق حبرها ^(٩) ولا يجوز أن

(١) هذا الكتاب وما به من مسائل أصبح غير ذي فائدة مباشرة في عصرنا بعد انتهاء الرق ووقف العمل به .

(٢) راجع بدائع الصالح (١٩٢/٧) ، للمسوط (٥/٢٥) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) ، وليس للإمام مالك تعلقه في المسألة قول ، ومذهب ابن القاسم يوافق الأحناف . راجع المدونة (٢٤٢٩/٥) .

(٣) قال في المهذب : لا يتجر إلا فيما أذن به ، لأن تصرفه بالإذن ، فلا يملك إلا ما دخل فيه ، فإن أذن له في التجارة لم يملك الإجارة . ومن أصحابنا من قال يملك إجارة ما يشتره للتجارة ، لأنه من فوائد المال فملك العقد عليها كالصوف واللين والمذهب الأول . وقد وافق الشافعي وفر من الأحناف والمخالفة أيضاً راجع ما سبق للأحناف والمذهب (٥١١/١) ، مفتي المحتاج (٩٩/٢) ، نهاية المحتاج (١٧٤/٤) ، الجمل على شرح المنهج (٢٢١/٣) ، السراج الوهاج (٢٠٣) ، والفتني لابن قدامة (٨٤/٥) .

(٤) الإذن لغة : الإطلاق والإباحة . وأذن له في الشرع : أباحه له ، واصطلاحاً : الإطلاق في حق التجارة واستقاط الحجر عنه . راجع القاموس المحيط باب النون فصل الهجرة (١٩٧/٤) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) .

(٥) في (د) : [كالكاتبه] . (٦) في (م) ، (ع) : [لا يمتنع]

(٧) في (ن) : [إطلاق] .

(٨) العبد يكتب على نفسه بيمينه فإذا سعى وأداه عتق . اللسان (كب) (٣٨١٧/٤) .

(٩) وهو عند الشافعية كذلك راجع المهذب (١٧/٢) .

(١٠) قال في المهذب : لا يملك الحجر عن العبيد ، ذكره كان أو أبنى حتى يبلغ ويؤس منه الرشد

المهذب (٤٣٥/١) .

تزوج عندهم ^(١) .

١٧٢٣٣ - فإن قيل : فالوكيل ^(٢) والمضارب كان تصرفهما جائزاً قبل الإذن .
منها ^(٣) من التصرف في مال غيرهما لحقه ، وهذا ليس بحجر .

١٧٢٣٤ - فلا يقال إن الإذن لهما إطلاقاً من حجر ، ولأنه معنى يستفيد به بعد
التصرف لنفسه فلا يتخصص تصرفه كالكتابة ^(٤) ولأن كل ما ملك ^(٥) المكاتب
يشتره جاز للمأذون أن يشتره ، كالنوع الذي سماه المولى .

١٧٢٣٥ - فإن قيل : المكاتب يزوج أمته ، ويكاتب عبده ويصالح من دم العبد ^(٦)

١٧٢٣٦ - قلنا : نحن اعتبرنا أحدهما بالآخر ^(٧) في الشراء ، فلا يلزم هنا من
حيث ^(٨) النقص ، والفرق من طريق المعنى : أن المكاتب يملك هذه المعالي بإطلاق
الكتابة فيملكها بتقيدها ، والمأذون لا يملكها بالإطلاق فلا يملكها بالتقييد ، ولما ملك
المأذون عموم التصرف بإطلاق الإذن ^(٩) كان كذلك بالتقييد .

١٧٢٣٧ - ولأنه إذا قال : اشتر البر ، فعموم أمره يقتضي الشراء بالإنسان والمكليات
والموزونات .

١٧٢٣٨ - فإذا لزمه ذلك جاز له ^(١٠) أن [يشتره من طريق الحكم ، ومن جاز أن
يشترى الخنطة حكماً جاز أن يشترها بأي نوع شاء ، فصارت الأجناس كلها داخلة في
الإذن من طريق الحكم ، وبطل التخصيص .

١٧٢٣٩ - ولأن التعيين إذا لم يفد سقط ^(١١) كقوله على أن تزني بهذا الميزان فلا
فائدة في التعيين ؛ لأن المولى رضى باستحقاق رقبته وكسبه بدينونه ، فلا فرق أن يستحق

(١) أي لا يجوز أن تتولى عقد النكاح لنفسها من غير ولي ، قال في المذهب : « لا يصح الكاح إلا بولي ،
فإن عقدت المرأة لم يصح » . المذهب (٤٥/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الركيل] . (٣) في (م) ، (ع) : [منع] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [كالمكتوبة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ملكه] ، والمراد بالملك الجواز أي جواز التصرف .

(٦) لا يتأتى هذا القول من جهة الشافعية ، لأنهم لا يجوزون للمكاتب أن يكاتب عبده ، قال في المذهب
« ولا يتحق ولا يكاتب ولا يهب ولا يبرئ من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يهرق في
نفقة نفسه » . للمذهب (١٧/١) . (٧) أي المكاتب والعبد للمأذون .

(٨) في (م) ، (ع) : [بنت] . (٩) في (م) ، (ع) : [الأدنى] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فجاء أن] . (١١) في (م) ، (ع) : [ينفذ] .

بهذا النوع أو بعيره . ويفارق الوكيل والمضارب والشريك ؛ لأنهم يرجعون بالدين وللأمر غرض ؛ إذ (١) ثبت الرجوع في بعض الأشياء (٢) .

١٧٢٤٥ - احتجوا بأنه (٣) تصرف مستفاد بالإذن من جهة الأدمي (٤) ، فوجب أن يكون متصوراً على مقتضى الإذن (٥) . أصله : المضارب .

١٧٢٤٦ - قلنا : المضاربة لا يجوز أن يرتفع الإذن فيها إلا في مال رب المال ، فجاز أن يتخصص بتخصيصه [والإذن في التجارة يجوز أن يوجد غير مختص بمال المولى ، فلما لم يختص بماله لم يتخصص بتخصيصه] (٦) .

١٧٢٤٧ - وقد قال أصحابنا : في الفرق بين الموضعين (٧) أن المأذون لنفسه ؛ بدلالة أنه لا يرجع بالديون على مولاه ، فصار كالمكاتب (٨) . والمضارب يتصرف لرب المال ؛ بدلالة أنه يرجع بالديون عليه ، فلذلك اختص بما أذن فيه .

١٧٢٤٨ - فقال مخالفونا : لا نسلم هذا الفرق ؛ لأن المضارب إذا اشترى بثمن في ذمته ، وهلك مال المضاربة صار ما اشتراه لنفسه ، ولم يرجع على رب المال على أحد الوجهين (٩) وهذا المنع لا يضرنا (١٠) .

١٧٢٤٩ - لأننا نقول : إن العبد يتصرف لنفسه بدلالة أن المشتري يملكه المولى ولا يرجع عليه بثمنه ، والمضارب لا يجوز أن يملك رب المال الشفعة إلا وثمنها مستحق من

(١) في (ن) : [إن] .

(٢) أي في حالة الوكيل والمضارب والشريك ؛ لأن التصرف هاتك من طريق الإذن خلافاً للتصرف هنا في المأذون ؛ فإنه يتصرف من طريق الحكم ، ولذلك لا يرجع على مولاه بالديون خلافاً للوكيل والمضارب والشريك . ومن ثم فإنه ليس للتقيد فائدة بالنسبة للمأذون خلافاً لهم .

(٣) أي تصرف العبد المأذون .

(٤) المهذب (٥١١/١) ، نهاية المحتاج (١٧٤/٤) ، مفتي المحتاج (٦٩/٢) ، المفتي (٨٤/٥) .

(٥) ما بين التوسين ساقط من (م) ، (ع) . (٦) أي بين المضاربة والإذن في التجارة .

(٨) انظر : تبين الحقائق (٢٠٣ / ٥) ، (٢٠٤) .

(٩) قال في المهذب : فإن دفع (أي المضارب) إليه (أي العامل) أثلاً فاشترى عبداً في الذمة ثم تبع الألف قل أن ينقده في ثمن العبد ، انفسح القراض لأنه تلب رأس المال بعينه . وفي الثمن وجهان . أحدهما . أنه على رب المال لأنه اشتراه له ، فكان الثمن عليه ، كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكل في شراؤه ، فلف الثمن في يده قبل أن ينقده . والثاني : أن الثمن على العامل ، لأن رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال ، فلم يلزمه ما زاد . المهذب (٥٠٩/١) .

(١٠) في (ن) : [لا يضر] .

ماله ؛ فدل أن تصرفه يقع لرب المال .

١٧٢٤٥ - وقولهم تصرف مستفاد بالإذن غير مسلم ^(١) ، لأن عندنا يستفاد ^(٢) العموم من طريق ^(٣) الحكم ، لا بالإذن .

١٧٢٤٦ - قالوا : تصرف لم يتناوله إذن المولى فلا يستبيحه العبد من جهة الإذن ، كعقد النكاح ^(٤) .

١٧٢٤٧ - قلنا : الإذن إذا وقع في نوع من التجارات ^(٥) كان إذنًا في جميعها حكمًا ؛ لأن عموم الأمر يقتضي التصرف في جميع الأموال .

١٧٢٤٨ - فإذا لزمته لم يتوصل إلى تحصيلها إلا بالشراء ، فأما منافع البض ^(٦) فلا يضمنها الإذن نطقًا ، ولا يؤدي إلى وجوبها عليه حتى يحتاج إلى تحصيلها ، فلذلك لم يدخل في الإذن .

١٧٢٤٩ - ولأننا نقول : بموجب العلة ، لأن العبد [لا يستفد ^(٧)] العموم بالإذن ، وإنما يستفد الإطلاق ، كما لو أذن البائع للمشتري في نوع من التصرف قبل القبض كان له التصرف في كل نوع .

١٧٢٥٠ - وكذا لو أذن الشفيع للمشتري في البيع من زيد فباع من عمرو ، وتساوبا في سقوط الشفعة عليهما .

١٧٢٥١ - فإن قيل : لو أذن له في تزويج امرأة بعينها لم يجز له أن يتزوج غيرها ، ولا فائدة للمولى في التعين ؛ لأن استحقاق رقبته بمهر واحدة كاستحقاق رقبته بمهر غيرها .

١٧٢٥٢ - قلنا : التزويج تصرف مملوك للمولى ^(٨) على عبده ؛ لأنه يملك ^(٩) تزويجه بغير إذنه عندنا ^(١٠) .

(١) راجع عبارة الزلمي السابقة .

(٢) في (ن) : [يعيد] .

(٣) ساقط من (ن) .

(٤) راجع للمذهب (٥١١/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [التجارة] .

(٦) التضع بالفتح : التزويج والمجامة . والتضع بالضم : الجماع أو الفرج نفسه أو لغيره وللطلاق وعند النكاح . القاموس المحيط باب المعن فصل الباء (٥/٣) .

(٧) ما بين المكوئين بدل من « يعيد » أثبت في النسخ جميعها .

(٨) في (م) ، (ع) : [للمولى] .

(٩) في (ن) : [يملك التصرف]

(١٠) قال في البدائع : « وأما إنكاح العبد - فإن كان صغيرًا بغيره ، وإن كان كبيرًا فقد ذكر في ظاهر الرواية أنه يجوز من غير رضاه ، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا برضاه » . الدائع (٢٣٧/٢) .

فإذا ملكه منه شيئاً معيناً لم يملك غيره ^(١) فالشراء ليس مع كونه عاقلاً بالناً لحق المولى حتى لا يستحق رقبته عليه . فإذا أذن فقد أسقط حق نفسه ، فهو كما لو أسقط حقه عن رقبته بالكتابة لم يتخصص ما يتصرف فيه ، وإن خصصه له . بين الفرق بين انكاح والشراء أنه لو أطلق له الأمر بالانكاح لم يستفد العموم ، ولم يجوز أن يتزوج أكثر من واحدة . فعلم أن مقتضاه الخصوص ، فإذا اعتبر لم يتجاوز ما ^(٢) عينه ، ولو أطلق له الإذن في التجارة ؛ لم يتخصص ما يشتريه ، وكان على العموم ، فإذا خص ^(٣) له الإذن في الشراء لنفسه لم يتخصص ، وكان على العموم .

١٧٢٥٣ - ولا يلزم المضارب والشريك ؛ لأنه لا يأذن لهما في الشراء لأنفسهما ^(٤) ، فوزانه من العبد أن يوكله المولى ليشتري ^(٥) له شيئاً فلا يملك أن يشتري غيره ^(٦) .

١٧٢٥٤ - فإن قيل : لو أمر أن يشتري ثوباً يلبسه ^(٧) لم يكن إذناً .

١٧٢٥٥ - قلنا : إذا ^(٨) أطلق له الرأي وجعل إياه / ^(٩) أن يشتري لنفسه ؛ فهو إذن في جميع الأشياء ^(١٠) . وإن قال له : اشتر من فلان ثوباً لي فهذا توكيل له ، وليس بإذن ، فلا يستفاد به العموم .

١٧٢٥٦ - فإن قيل : إذا أذن له ^(١١) في نوع خاص فلم يرض بدخول ما سواه في ملكه ، ولا يملك المأذون أن يدخله ^(١٢) في ملك موله ^(١٣) بغير رضاه .

(١) قال ابن زيدي : يملك العقد عليه بغير رضاه ، ولهذا لو أذن له في الترويج لا يكون مأذوناً حتى لا يملك أن يتزوج إلا واحدة ؛ لأن التوكيل لا تعمم ، ولا يقت بالسكرت ، بخلاف البيع . راجع تبين الحقائق (٢٠٠/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بما] . (٣) في (م) ، (ع) : [أحص] .

(٤) بل يشتريان للشركة والمضاربة فهما بمنزلة الوكيل .

(٥) في (م) ، (ع) : [يشتري] .

(٦) هذا ما يسميه الأحناف بالإذن الخاص . راجع البدائع (١٩١/٧) ، تبين الحقائق (٢٠٠/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [نفسه] والضمير عائدة على العبد .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) . (٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) المراد بالأشياء أي ثوب يشتريه ومن أي تلجر .

(١١) ساقطة من (م) ، (ع) . (١٢) أي ما سوى المأذون فيه .

(١٣) في (م) زيادة بدليل أنه يملك وهو سهو من الناسخ .

١٧٢٥٧ - قلنا : المأذون غير محجور عليه في إدخال الأموال في ملك مولاه ، بدليل أنه يملك قبول الهبة ، فيملك المولى ما قبل من الهبة ، وإن لم يرض المولى بذلك .

• • •



استفادة الإذن عن طريق السكوت

- ١٧٢٥٨ - قال أصحابنا : إذا رأى المولى عبده يبيع أو يشتري فلم يبهه كان ذلك إذنًا^(١) .
- ١٧٢٥٩ - وقال الشافعي : لا يكون مأذونًا ، وبهه لما في يده باطل^(٢) . واحتلف أصحابه إذا اشترى بشمن في ذمته .
- ١٧٢٦٠ - قال : الإصطخري^(٣) : [لا يصح]^(٤) .
- وقال ابن أبي هريرة^(٥) : يصح ويكون للمولى الدين في ذمة العبد والبايع الفسخ فود أخذه المولى من يده سقط حق الفسخ^(٦) .
- ١٧٢٦١ - لنا : أن كل من يتصرف لنفسه يجوز تصرفه من غير إذن كالمكاتب ، ولأنه يملك قبول الهبة ، فيملك قبول الشراء من غير إذن . أصله : الحر^(٧) .

- (١) قال في البائع : وأما الإذن بطريق الدلالة فحق أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه ، وبه يبرر مأذوناً في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت ، وأما في الشراء فيصير مأذوناً . راجع البائع (١٩٢/٧) ، تبين الحقائق (٢٠٤/٥) الميسوط (١١/٢٥) .
- (٢) وبه قال زفر والحابلة أيضاً . راجع تبين الحقائق (٢٠٤/٥) ، المهذب (٥١١/١) ، مفتي المحتاج (١٠٠/٢) ، نهاية المحتاج (١٧٧/٤) ، والمختار لابن قدامة (٨٥/٥) .
- (٣) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد كان هو وابن سريج شيخنا الشافعية ينفدان . كان أبو إسحاق المروزي لا يقضي بحضرته إلا بإذنه . من مصنفاته كتاب الأفضية ، والفرائض الكبير ، وقيل : إنه لم يؤلف أحد بعده إلا قلاً عنه . توفي سنة ٣٢٨ هـ . راجع : اللباب في تهذيب الأنساب (٥٥/١) ط دار بيروت ، معجم المؤلفين (٢٠٤/٢) ، شذرات الذهب لابن السواد (٣١٢/٢) ، ط دار الفكر بيروت ، تاريخ بغداد (٢٦٨/٧) ، كشف الطون (٤٧/١ ، ١٣٩٥) ، بلاد فارس ، اللباب في تهذيب الأنساب (٥٥/١) .
- (٤) ساقط من (م) ، (ع) .
- (٥) الحسن بن الحسين بن أبي هريرة البغدادي المعروف بابن أبي هريرة (أبو علي) قتيبه درس ببغداد ، وتخرج عليه خلق كثير ، مثل أبي علي الطبري والدارقطني . وتولى القضاء . من تصانيفه : شرح مختصر المزني في مروج العفة الشامي . توفي سنة ٣٨٧ هـ . راجع : معجم المؤلفين (٢٢٠/٣) ، كشف الطون (١٦٣/١) ، طبقات الشافعية للسيكي (٢٠٦/٢ - ٢١٠) ، مرآة الجنان (٣٣٧/٢) وغيرها .
- (٦) راجع المهذب (٥١١/١) .
- (٧) اسدل الرمحمشري لأخفاف بقوله : إنه لما رأى عبده يبيع ويشترى وسكت بكونه عبداً من طريق الدلالة ، كالإذن من طريق الإفصاح ، فألأب إذا روج ابته البالغة فأسأذنها فسكت فإن ذلك يكون رشاً سها لهذا المعنى ، =

١٧٢٦٢ - احتجوا بأنه تصرف يفتقر إلى إذن ، فوجب أن لا يقوم السكوت مقام الإذن فيه .

١٧٢٦٣ - أصله : إذا باع الراهن الرهن والمرتهن ^(١) ساكت ، وباع الأجنبي ماله وهو ساكت ، وتزوج الصدا أو تزوجت الأمة والمولى ساكت ^(٢) .

١٧٢٦٤ - قلنا : لا نسلم أنه تصرف يفتقر إلى إذن المولى ، وإنما يفتقر إلى إسباكه عن يميني مع علمه بتصرفه ، وإذا وجد الإذن فقد حصلت ^(٣) زيادة على ^(٤) الإسباك ، فيجوز التصرف فادع الراهن إذا باع فأما لا ينفذ يمينه لسكوت المرتهن ^(٥) ، وكذلك الأجنبي إذا باع ملكه .

١٧٢٦٥ - لأن كل واحد منهما لا يملك أن يدخل الشيء في ملك من تصرف عليه بغير رضاه ، فجاز أن ينفذ تصرفه في حقه لسكوته . وأما التزويج : فلأن العادة حاربه أن كل واحد من الزوجين يبحث عن حال [الآخر عند العقد ، فلما لم تبحث المرأة عن إذن المولى وهي الفرطة فلا يكون بالسكوت غاڑا لها ، ولم تجر العادة أن يبحث ^(٦) الناس عن حال من يبيع ويشترى إذا جلس في السوق وفتح الدكان ، فلما لم يكر المولى جاز التصرف ؛ إذ لو لم يجز تصرفه صار غاڑا للناس والغرور ^(٧) لا يجوز ^(٨) .

= فنذكر ههنا وأرى أن قياس الرمحشري سكوت المولى عن تصرف عبده على سكوت البكر لا يصح لأنه فاسد مع الفارق ؛ لأن سكوت البكر اعتبره الشارع رمًا لمار وهو الخفاء لقلة خبرتها بالرجال ، ولملك فإن الشارع لم يعتبره في حق الأم التي سبق لها الزواج بل اشترط تصريحها قولاً ولم يعتبر السكوت ، والمولى ها لا يوجد لديه العذر السابق ، أنه لا يستحي من نهيه عبده ، أو التصريح له بالقول حتى تعدل إلى اعتبار سكوته تصريحًا ؛ وما ورد في حالة خاصة وهو سكوت البكر لا يمدى إلى غيرها . راجع رؤوس المسائل الخلافية للزمخشري ص ٢٩٥ ط دار البشائر الإسلامية . (١) إنما لم يجز للراهن أن يبيع الرهن مع أنه ملكه لتعلق حق العير وهو المرتهن به ، فإن المرهون وثقة حص المرتهن يستوفى إن تمتها إن تعذر وفاء الراهن له ، فلذلك أبطل تصرف الراهن في العين المرهون للضرر لعلته على المرتهن . قال في المذهب : ولا يملك التصرف في العين لما فيه ضرر على المرتهن ، لقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار ؛ فإن باعه أو وهبه أو جملته مهزأ في نكاح أو أسرة أو كان حبلاً فكتبه لم يصح ، ولا يبرى إلى ملك الخير فيسقط به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه ، كالفسخ . المذهب (١١٢/١) (٢) راجع المذهب (٣٤٩/١ ، ٤١٢ ، ٥١١) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) ، نهاية المحتاج (١٢٧/٤) . لغني لابن قدامة (٨٥/٥) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) ، (ع) . (٥) في (ن) : [الراهن] وهو نعتاً . (٦) ما بين القوسين ساقط من (ن) . (٧) غرضه غروراً وغرة ؛ بالكسر فهو مرور وغرير كأمير : خدعه وأطعمه بالباطل . القاموس المحيد باب لرقه فصل الفتن (١٠٤/٢) .

(٨) لما روى عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع العرء » أسخره أنعمه في المسند (٣٠٩/١ ، ١٥٥/٢) ، والنسائي باب بيع الخصاصة (٢٦٢/٧) ، وانظر مجمع الزوائد (٨٠/٤)



ما يجوز للمأذون من التصرف في المال

١٧٢٦٦ - قال أصحابنا : يجوز للمأذون أن يتخذ الوليمة التي يعتادها التجار ويهب الطعام ^(١) .

١٧٢٦٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز ذلك إلا بإذن المولى ^(٢) .

١٧٢٦٨ - لنا : ما روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « كَانَ يَرْكَبُ الْحِمَارَ وَيَجِبُ دَعْوَةُ الْمَمْلُوكِ » ^(٣) .

وروي أن سلمان الفارسي ^(٤) كان مكاتباً فحمل إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم رطباً وقال : هَذَا صَدَقَةٌ ، فَقَالَ لِأَصْحَابِهِ : « كُلُوا » وَلَمْ يَأْكُلْ ، ثُمَّ حَمَلَ إِلَيْهِ رُطْبًا وَقَالَ : هُوَ هَدِيَّةٌ فَأَكَلْ وَأَكَلُوا ^(٥) .

١٧٢٦٩ - فدل على جواز قبول هديته . فإن قيل : يجوز أن يكون إذن المولى في الدعوة .

١٧٢٧٠ - قلنا : لو وقف ذلك على إذن المولى لسأل عن الإذن ، ولو سأل لنقل .

١٧٢٧١ - ولأنه يملك الشراء والبيع فيملك التبرع كالحر ، ولأن من ^(٦) ملك

التصرف في اكتسابه ملك التبرع فيها كالحر .

(١) قال في التبيين : ويهدي طعاماً يسيراً ، ويضيف من بطعمه ، لأن التجار يحتاجون إليه لاستحلاب قلوب التجار . ثم قال : ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير ، لأنه يختلف باختلاف المال وغيره : ووافق الأحاف في هذه المسألة كل من المالكية والحنابلة . راجع تبير الحقائق (٢٠٨/٥) ، البدائع (١٩٧/٧) ، والدعوة الكبرى (٢٤٣/٥) ، ط دار صادر ، بيروت ، والمعني لأبن قدامة (٨٦/٥) .

(٢) راجع : نهاية المحتاج (١٧٦/٤) الجمل على شرح المنهاج (٢٢٢/٣) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) .
(٣) راجع : نهاية المحتاج عن مسلم الأعور عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يعود المريض ويبيع الحمار ويبيع دعوة المملوك ويركب الحمار ، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه . - أي الشيخان البخاري ومسلم - والمستدرک للحاكم (٤٦٦/٢) ، ط دار المعرفة بيروت ، لبنان .

(٤) من مقدمات الصحابة ، كان يسمى نفسه سلمان الإسلام وأصله من بلاد فارس ، قرأ كتب الفرس فأظهر إسلامه عاش عمراً طويلاً . قال عنه الرسول : « سلمان هذا آل البيت » توفي سنة ٣٦ هـ . راجع الإصابة (٢٩٣/٣) ، شفرات الذهب (٤٤/١ ، ٦٢) ، الأعلام (١٢٢/٣) وغيرها .

(٥) أخرجه أحمد في المسند (٤٣٨/٥ ، ٤٣٩ ، ٣٥٤) ، وفيه ابن إسحاق وهو مدلس ، وبقي رجاله رجال الصحيح . راجع مجمع الزوائد للهيتمي (٩٠/٣ ، ٢٤٠/٨) ، ط دار الفرائد للنشر .

(٦) ساقطة من (ن) .

١٧٢٧٢ - احتجوا بأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز بغير إذنه . كما لو وهب الدراهم والنياب

١٧٢٧٣ - [قلنا : الدراهم والنياب] ^(١) ، لم تجر عادة التجار بأن يهوها طبعاً لإصلاح التجارة ^(٢) فلم يملكها المأذون .

١٧٢٧٤ - وأما الطعام : فقد جرت عادة التجار ببذلة طلباً لإصلاح التجارة ^(٣) واختلاف الناس على أن يملكه إذا ملك التجارة ^(٤) .

• • •

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والتجار] .

(٣) في (م) ، (ع) : [التجار] .

(٤) في (ص) ، (ن) : [التجار] .



رفع الإذن بالهرب

- ١٧٢٧٥ - إذا أبق المأذون صار محجوراً ^(١) .
- ١٧٢٧٦ - وقال الشافعي : إذنه بحاله ^(٢) .
- ١٧٢٧٧ - لنا : أن إباقه يطل تصرف المولى في إجارته فيطل إذنه في التجارة . أصله : بيعه ، ولأنه صار في يد نفسه ، فلم ينفذ تصرفه بإذن مولاه كالمكاتب .
- ١٧٢٧٨ - احتجوا بأن الإباق [لا يمنع] ^(٣) ابتداء الإذن فلم يمنع استداعته . أصله : إذا غصبه غاصب ^(٤) .
- ١٧٢٧٩ - [قلنا : الوصف غير معمم ؛ لأنه لا يجوز أن يتبدى الإذن للآبق ^(٥) . والمعنى فيه : إذا غصبه غاصب] ^(٦) أن تصرف المولى يجوز فيه بالإجارة من الغاصب فجاز تصرفه بإذن المولى ، والآبق لا يجوز تصرف المولى فيه بالمعاوضات ، فلم يجز تصرفه بإذن المولى ، على أن من أصحابنا من قال يصير محجوراً إذا غصب ^(٧) .
- ١٧٢٨٠ - قالوا : هربه لا يطل إذنه ^(٨) كهرب المضارب .
- ١٧٢٨١ - قلنا : هرب المضارب لا يوجب زوال يد رب المال عن المال المتصرف

(١) راجع بدائع الصنائع (٢٠٧/٧) ، تبين الحقائق (٢١١/٥) .

(٢) راجع نهاية المحتاج (١٧٧/٤) ، ومعني المحتاج (١٠٠/٢) ، والجمل على شرح المنهج (٢٢١/٣) ، وهو رأي وفر أيضاً ، راجع تبين الحقائق للموضع السابق ، وهو رأي الخبالة . راجع المعني (٨٥/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يملك] .

(٤) معلوم أن زفر مع الشافعي ، وعلى ذلك أوردت كتب الأحناف له هذا الدليل في تبين الحقائق ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يكون محجوراً عليه بالإباق ؛ لأن الإباق لا ينهي ابتداء الإذن ، ألا ترى أنه لو أذن لميله المحجور عليه الآبق صح ؟ - تبين الحقائق (٢١١/٥) ، والمعني (٨٥/٥) .

(٥) هذا عند بعض الأحناف ، والبعض الآخر قال : إن الإباق يمنع ابتداء الإذن دون إبقائه . تبين الحقائق (٢١١/٥) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في التبيين : « وأما الغصب فإن كان للمولى يتحكم من أخذه بأن كان العاصب مفزاً بالغصب أو كان للمالك ينة تمكه أن ينتزع من يد الغاصب وينتزع كسه من الغاصب أو إذا كان العاصب جاحذاً ، ولم يكن للمالك ينة امتنع الإذن ابتداء ، فكذا بقاة لعدم ما يدل عليه » . تبين الحقائق (٢١٢/٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [إذنه] .

فيه ، فلم يضمن التصرف .

١٧٢٨٢ - وباق العبد يوجب زوال يد المولى عما يقع التصرف فيه ، وهو الإذن ، فلم يحز التصرف بإذنه . فصار وزانه أن يجحد المضارب المال ، فلا يجوز تصرفه على المضاربة .

١٧٢٨٣ - قالوا : تصرف يملكه قبل الإباق ، فلم يزل بالإباق كطلاق^(١) زوجته^(٢) .

١٧٢٨٤ - قلنا : الطلاق معنى يملكه بنفسه فحالته قبل الإباق وبعده فيه سواء . وأما التصرف : فيملكه بإذن المولى ، وبالإباق تزول يد المولى عما تصرف فيه ، وهي الذمة فيبطل تصرفه .

١٧٢٨٥ - قالوا : ما تعلق به صحة الإذن باق ، فوجب أن يكون الإذن باقياً . أصله : إذا لم يأتق .

١٧٢٨٦ - قلنا : إذنه يصح لولايته والولاية تزول بالإباق ، بدلالة أن تصرفه فيه ناقص عما كان عليه ، حتى لا تجوز إجارته ولا بيعه .

(١) في (م) ، (ع) : [طلاق] .

(٢) راجع هذا القول وسائر أقوالهم في هذه المسألة في الكت (المضاربة) .



إجارة المأذون لنفسه

- ١٧٢٨٧ - قال أصحابنا : يجوز للمأذون أن يؤجر نفسه ^(١) .
- ١٧٢٨٨ - وقال الشافعي : ليس له ذلك ^(٢) .
- ١٧٢٨٩ - لنا : أنه يتصرف لنفسه ، فيملك أن يؤجر نفسه كالمالك ، لأنه ^(٣) يملك التصرف فتتلف ^(٤) . هذه المنافع بغير عوض ، فلأن ^(٥) يتلفها بعوض يحصله لمولاه ^(أولى) ^(٦) .
- ١٧٢٩٠ - ولأن الإذن يتضمن تحصيل الأكساب ، والمعتبر أنه في نفسه ، يحصل ^(٧) الكسب بإجارة نفسه فصار ذلك من مضمون الإذن ، ولأن من ملك أن يؤجر العبد الذين من كسبه ملك أن يؤجر نفسه كالمالك ، ولأنها إجارة الذوات ^(٨) والعد ملك إجارة نفسه ، كالمالك .
- ١٧٢٩١ - احتجوا بأنه عقد على رقبة فصار كبيعها ورهنها ^(٩) .
- ١٧٢٩٢ - قلنا : الإجارة عقد على المنافع لا على الرقبة وأنه قد يملك إجارة نفسه من لا يملك بيع رقبته ورهنها كالمالك . ولأن الإذن (يتضمن) ^(١٠) جواز التصرف والبيع والرهن . وكل واحد منها يوجب الحجر عليه لو صح المنع منه ، فلم يجوز أن يتضمن الإذن تصرفاً برفع الإذن ، والإجارة لا توجب رفع الإذن ، وهي من العقود التي يباح المال فيملكها بإطلاق الإذن . يبين ذلك أنه ^(١١) لو أذن له في بيع نفسه من إنسان صار بالبيع محجوراً ، ولو أذن له في إجارة نفسه لم يصير بذلك محجوراً .
- ١٧٢٩٣ - قالوا : عقد على المنافع كالنكاح ، والمأذونة لا تملك أن تزوج نفسها ^(١٢) .
- (١) البائع (١٩٥/٧) ، تبين الحقائق (٢٠٧/٥) .
- (٢) نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، المهذب (٥١١/١) ، مني المحتاج (١٠٠/٢) . وبه قال الحاشية . راجع للمسي (٨٥/٥) .
- (٣) في (م) ، (ع) : [خلاف] .
- (٤) في (م) ، (ع) : [خلاف] .
- (٥) في (م) ، (ع) : [المولى] وهو عطاء .
- (٦) في (م) ، (ع) : [أي : أي : [تحصيل] .
- (٧) في جميع النسخ [الذوات] ولعله تصحيف .
- (٨) راجع نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، مني المحتاج (١٠٠/٢) ، والمسي (٨٥/٥) ، البكت (المضاربة) .
- (٩) في (م) ، (ع) : [يتصفنا] .
- (١٠) راجع نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، البكت (المضاربة) ، والمسي (٨٥/٥) .

١٧٢٩٤ - قلنا : لما لم تملك أن يزوجه^(١) أبوها لم تزوج نفسها ، ولما ملكت أن تزاحر اكسابها كذلك تملك أن تزجر نفسها .

١٧٢٩٥ - قالوا : منافعه ملك المولى فلا يملك العقد عليها كسائر أموال المولى^(٢) .

١٧٢٩٦ - قلنا : يطل بالعقد^(٣) على أكسابه ، ولأن هذه المافع وإن كانت على حكم ملك المولى فقد أذن المولى في إتلافها لتحصيل الأكساب .

١٧٢٩٧ - ألا ترى أنه إذا اشتغل^(٤) بالتجارة تلقت منافعه على المولى ، فجاز أن يتلفها بعمد وسائر أموال المولى لم يتضمن الإذن إتلافها لتحصيل الأكساب ، فلم يتضمن العقد عليها لتحصيل^(٥) عوضها^(٦) .

• • •

(١) لخصت بالنسخ : [أن تزوج أبها ولا يستقيم معناه] . ولعل صوابها [أن تزوج غيرها] .

(٢) راجع نهاية المحتاج ، والكتك والمضي في المواضع السابقة .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالمد] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [اشتغل به] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [عوضا] .

مَوْسُوعَةٌ
الْقَوْلُ عَدَّ الْفَقْهِيَّةِ الْمَقَارِنَةِ
الْمَسَامَةُ
التَّجْرِيدُ

كتاب المساقاة



كتاب المساقاة^(١)

١٧٢٩٨ - قال أبو حنيفة : المساقاة باطلة ^(٢) .

١٧٢٩٩ - وقال الشافعي في الجديد : تجوز في النخل والكرم ^(٣) دون غيرها .

(١) المساقاة لغة : معاينة من السفى . والمساقاة في النخل والكرم على الثلث والرابع وما أشبهه . يقال . ساقى فلان نخله أو كرمه إذا دفعه إليه واستعمله فيه ، وأهل العراق يسمونها معاملة . راجع اللسان (سقى) (٢٠٤٤/٣) وتهذيب اللغة للأزهري (سقى) (٢٣٠/٩) وشرحا : عرفها الأحناف بأنها : دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما ، أو العقد على العمل ببعض الخارج (تبين الحقائق ٢٨٤/٥) .

وعرفها المالكية بأنها : عقد على مؤنة نمو السات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة . مواهب الحليل (٧٢/٥) . وعند الشافعية : هي معاملة على تعهد شجر بجزء من ثمرته . نهاية المحتاج (٢٤٤/٥) ، فتح العزيز (٩٩/١٢ ، ١٠٠) .

وعرفها الحنابلة بقولهم : « دفع شجر مفروس معلوم له ثمر مأكول لمن يعمل عليه بحره مشاع معلوم من ثمره » . شرح منتهى الإرادات (٣٤٣/٢) ، والمغني لابن قدامة (٣٩١/٥) . وبالنظر إلى التعريفات السابقة نراها تتفق حول حقيقة المساقاة ، وهي دفع الشجر إلى من يعمل فيه على جزء من ثمرته . غاية الأمر : أن بعضها تعرض لبيان ما تجوز فيه وشرائط جوازها وغير ذلك ، وبعضها غير مانع من دخول غير الجائز فيها ، فمثلاً تعريف الأحناف لها يشمل المساقاة على كل شجر له ثمر ولو لم يكن مقصوداً . وتعريف المالكية يدخل فيه المساقاة التي شرط فيها جميع الثمر للعامل ، وكذلك المساقاة على البعل من الشجر (أي الذي لا ثمره له) . وأرى أن تعريف الحنابلة هو أتم تعريف للمساقاة ؛ حيث تناول شرائطها ، وما تجوز فيه ، وما يجب على العامل فيها ، حتى إن الناظر فيه يكاد يقف على رأيهم في مسائل المساقاة جميعاً . وإنا سمي العمل على الأشجار مساقاة ؛ لأن أكثر حصة شجر أهل الحجاز إلى هي السفى ، وألا فالملئلة على الشجر أعم من السفى ، فهي تعهد الشجر ورعايته في كل ما يحتاج إليه حتى إن الأحناف يسمونها معاملة ، وقد يطلقون عليها مساقاة .

(٢) راجع البدائع (١٨٥/٦) ، تبين الحقائق (٢٨٤/٥) .

(٣) الكرم : العنب . وقد نهى رسول الله ﷺ عن تسمية العنب بالكرم فقال : « لا تقولوا الكرم ، فإن الكرم هو المؤمن » . راجع : القاموس المحيط باب الميم فصل الكاف (١٧٢/٤) ، ومسند أحمد (٢٧٢/٢) ، العظم المستندب في شرح تقريب المذهب (٣٩٠/١) .

١٧٣٠٠ - وقال في القديم ^(١) تجوز في كل شجر ^(٢) له ^(٣) ثمرة ^(٤) .

١٧٣٠١ - لنا : حديث رافع بن حديج رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن المخاضة ^(١) ، وعن جابر ^(٢) قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من لم ينل المخاضة فلان »

(١) القديم ما قاله الشافعي بالعراق قبل انتقاله إلى مصر ، ومن شهر رواه . أحمد بن حنبل ، والزعفراني ، أبو ثور ، ومن أشهر كتبه : الحجة ، وإذا أطلق القديم كان مقصوداً به . والجديد : ما قاله عمر ، وأشهر رواه : البوطي والمرني ، والمرادي والحيري وحرمة . ومن أشهر كتبه كتاب الأم . وقد رجع الشافعي عن القديم وقال : لا يحل عد القديم من المذهب ، والغنى في المذهب عن الجديد ، وإذا كان قولاً فالجديد هو الصحيح ، وقد استثنى بعض الأصحاب بعض المسائل قالوا : الغنى فيها على القديم . ذكر النووي أنها نحو عشرين مسألة أو أكثر ، وذكر السيوطي منها بضع عشرة مسألة ، قال في الأشباه : « المسائل التي يغني فيها عن القديم بضع عشرة مسألة : التثويب في أذان الصبح القديم استحبابه ، ومسألة التباعد عن النجاسة في الماء الكثير : القديم أنه لا يشترط ، ومسألة قراءة السورة في الركعتين الأخيرتين : القديم لا يستحب ، ومسألة الاستجاء بالحجر فيما جاوز الخرج القديم جواره ، ومسألة لمس المحارم القديم لا ينقض (الوضوء) ، ومسألة تعميل المشاء : القديم أنه أفضل ، ومسألة وقت المغرب : القديم استداده إلى غروب الشفق ، ومسألة شرط الفطر من الإحرام بمرض ونحوه : القديم جوازه ، ومسألة الجهر بالتأمين في صلاة جهرية : القديم استحبابه ، ومسألة من مات وعليه صوم : القديم يصوم عنه وليه ، ومسألة الخط بين يدي المصلي إذا لم يكن معه عصا : القديم استحبابه . راجع الأشباه والظواهر للسيوطي ٢٩٩ ، كشف الظنون ٦٣١/١ ، والمحصول للنوري ١٠٨/١-١١١ .

(٢) في (م) ، (ع) : [شيء] . (٣) في (ن) : [لها] .

(٤) راجع : الأم (٣٣٨/٣) ، مختصر المرني (٧٠/٣ ، ٧١) ، المذهب (٥٢١/١) ، نهاية المحتاج (٢٤٦/٥) ، والقديم في مذهب الشافعي يتفق مع رأى المالكية والحنابلة ؛ فقد جوروها في جميع الشجر المشر ، وهو مروى أيضاً عن الحنفاء الراشدين وسعيد بن المسيب والثوري والأوزاعي ، وهو مذهب محمد وأبو يوسف من الأحناف . وبداية المجتهد (١٨٥/٢) ، المغني (٣٩٣/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٤٣/٢) ، ولا تجوز في شيء من القول عد الجميع إلا عند ابن دهمار ؛ فإنه أجازها في القول أيضاً ، راجع ما سبق وبداية المجتهد (١٨٥/٢) .

(٥) رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الأوسي . صحابي جليل كان حريصاً قومه بالمدينة وشهد أحداً ، والحنابلة له ٧٨ حديثاً . توفي بالمدينة متأثراً من جراحة له سنة (٧٤) هـ ، راجع الإصابة (٢٣١/٢) . الاستيعاب (٤٧٩/١) ، شذرات الذهب (٨٢/١) ، الأعلام (١٢/٣) .

(٦) الحديث من طريق رافع وغيره مختصراً ، ومطولاً ، أخرجه أحمد في مسنده (٤٦٣/٢) ، (١٨٧/٥ ، ١٨٨) ، ومسلم في صحيحه ، باب كراه الأرض (١١٧٧/٣) ، وأبو داود في سننه (٦٩٥/٢) ، حديث رقم (٢٤٠٧) كتاب المغيرة ، الترمذي بمصاه عن جابر (٦٠٥/٣) ، رقم ١٣١٣ ، وابن ماجه (٨٤/٧) ، رقم (٣٩١٧) ، والسنن من طريق جابر باب بيع الثمر قبل أن يذو صلاحه (٢٦٢/٧) ، والطبراني في المعجم الكبير عن ربه بن ثلث (١٥٩/٥) ، رقم (٤٩٣٨) ، وراجع تلخيص الحبير (٥٩/٣) ، ونيل الأوطار (٢٧٥/٥) .

(٧) الصحابي الجليل : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة الخزرجي السلمي ، أبو عبد الله ، ويقال : « أبو عبد الرحمن ، وأبو محمد ، وروى عن النبي ﷺ وأبى بكر وعمر وغيرهم ، وعنه أولاده وسعيد بن المسيب »

يخرب من الله ورسوله (١).

قال ابن الأعرابي (٢): المخابرة مشتقة من معاملة رسول الله ﷺ أهل حير (٣) ثم صارت لغة مستعملة، وقيل للأثكار (٤) غير [(٥)].

١٧٣٠٢ - وقال أبو عبيدة (٦): الخبير الأثكار، والمخابرة المواكرة (٧) ولذلك سمي الأثكار أكاذراً (٨) لأنه مواكر الأرض، والمواكرة تكون في المزارعة (٩) والمسافة جميعاً

= وعبرهم. توفي سنة (٧٣ هـ)، وقيل: سنة (٧٧ هـ)، وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة ﷺ. راجع التهذيب (٤٢/٢، ٤٣)، الإصابة (٤٣٧/١)، شذرات الذهب (٨٤/١)، تقريب التهذيب (١٢٢/١)، أمد العابد (٣٠٧/١)، الجمع بين رجال الصحيحين (٧٢/١)، ط دار الكتب العلمية بيروت.

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب المخارة (٦٩٥/٣)، رقم ٣٤٠٦، وانظر كنز العمال (٥٣٠/١٥)، حديث رقم (٤٢٠٥٠) كتاب المزارعة. وقال أبو نعيم في حلية الأولياء: غريب، راجع الأولياء وطققات الأصفياء (٢٣٦/٩) ط دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.

(٢) محمد بن زياد أبو عبد الله بن الأعرابي من موالى بني هاشم، كان عالماً باللغة والشعر ناسطاً كبير السماع من الفضل بن محمد الضبي، راوية للأشعار، وكان يزعم أن الأصمعي وأبا عبيدة لا يحسنان قليلاً ولا كثيراً. له من الكتب: النوادر، وصفة الدرر، والخيل، ومدح القبائل، ومعاني تسمير الأمثال، النبات والأفراط، وعبرها، توفي سنة ثلاثين وقيل: إحدى وثلاثين ومائتين وقيل غير ذلك. راجع: الأعلام (١٣١/٦)، شذرات الذهب (٧٠/٢)، بنية الرواة في طبقات اللغويين والنحاة للسيوطي (١٠٥/١، ١٠٦)، ط عيسى الحلي، وفيات الأعيان (٣٠٦/٤)، تاريخ بغداد (٢٨٢/٥).

(٣) غير: ناحية على ثمانية برد من المدينة لم يبرد الشام، وقد فتحها النبي ﷺ سنة (٨٧ هـ)، وقيل سنة (٨ هـ)، راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٤٠٩/٢)، وانظر قول ابن الأعرابي في تهذيب الأسماء واللغات للزوي (٨٧/٣) ط دار الكتب العلمية بيروت، وفي اللسان غير منسوب (١٠٩١/٢) (غير). (٤) الأثرة: بالضم: الخفرة يحتمل فيها الماء فيعرف صافياً، والأثرة والتأثر حفرها، ومنه الأثكار للحراث، والمواكرة المخابرة. راجع القاموس المحيط باب الرء فصل الهمزة (٣٧٨/١)، واللسان (١٠٩١/٢) مادة: (غير).

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ن).

(٦) معمر بن المغيرة اللخوي البصري، أبو عبيدة، مولى بني تميم رجع أبو بكر الصديق. أخذ عن يونس ولبي عمر، وهو أول من صنف غريب الحديث، وأخذ عنه أبو عبيد وأبو حاتم والمزاني والأثرم وغيرهم، كان أعلم من الأصمعي وأبي زيد بالأنساب والأيام، سئل أبو نواس عنه وعن الأصمعي فقال عن الأصمعي: بلبل في قعر، وعن أبي عبيدة: آدم طوي على علم. من تصانيفه: المجاز في غريب القرآن، والأمثال في غريب الحديث، ومعاني القرآن وغيرها. توفي سنة (٢٠٩ هـ).

(٧) راجع تهذيب اللغة الأزهري (٣٦٧/٧) (غير) ط الدار المصرية للتأليف والترجمة. تهذيب الأسماء

وللغات للزوي (٨٧/٣).

(٨) ساقطة من (ع)، (٩) مسافة من (ع)، وهو الإثبات، والإنبات المصاف إلى البعد مباشرة، فعل أخرى الله ■ =

فندخل تحت النهي ^(١) .

١٧٣٠٣ - ولا يقال : إن العقود لا يشتق لها اسم من الأماكن كما لا يشتق لعقد رسول الله ﷺ مع أهل مكة [اسم من مكة] ^(٢) لأن إخبار ابن الأعرابي بذلك حجة ^(٣) .

١٧٣٠٤ - ولأن ذلك غير ممتنع كما قال أعرق ^(٤) وألحد ^(٥) وبدا ^(٦)

١٧٣٠٥ - ولأنه عقد لا يصح من غير ذكر مدة فلم يجوز [بذلك] ^(٧) ثمرة ^(٨) معدومة كالإجارة ، وعكسه الخلع ^(٩) والمضاربة .

١٧٣٠٦ - ولأنه شرط له جزءا من ثمرة معدومة عوضا عن عمله ، فوجب أن لا يجوز .

= العادة بحصول البات عقبه لا بتخليقه وإيجاده ، وفي اللسان : المزارعة معروفة ، والمزرعة والمزارعة والرياسة والزروع موضع الزرع . اللسان (٨٢٦/٣) . وشرحا : المقد على المزارعة يعرض الخارج بشرائطه . بدكم الصنائع (١٧٥/٦) .

(١) أراد المصنف بثبوت ما ساقه من النصوص وأقوال أهل اللغة : أن ثبت أن المساقاة مخارة حتى يصبح إدخالها في النهي الوارد في الحديث ، عند أبي حنيفة . المعاملة أو المساقاة ، وهي دفع الشجر لمن يعمل فيه على أن اشتر بينهما ، والمزارعة وهي العقد على المزارعة يعرض الخارج كلاهما مخارة ، حكمهما عند البطالان للحديث السابق ، وأما عند الشافعية : فالمساقاة وهي المعاملة على الشجر بجزء من ثمرة ليست مخارة ؛ فلا تدخل في النهي الوارد في الحديث . أما بخارة والمزارعة : فعند الشافعية يكونان في الرعاة ، وعند بعضهم : لا فرق بينهما وهما بمعنى واحد . وعند الأكثرين منهم بينهما فرق ، وهو أن المزارعة يكون البذر فيها من رب المال ، والخارة يكون البذر فيها من العامل ، وحكم المزارعة والخارة في صحيح المذهب ، وهو ما ذكره النووي عن الشافعي الفساد فيهما جميعا ، وعند بعض المحققين مهم الصحة ، وبه قال ابن سريج وابن عزيمة ، وأكثر المحققين من الشافعية على القول بجواز المزارعة . وراجع البدائع (١٧٥/٦) ، ١٨٥ ، تبين الحقائق (٢٧٨/٥) ، ٢٨٤ ، تهذيب الأسماء واللغات (٨٨/٣) خير المذهب (٥١٢/١) ، ٥١٦ ، فتح العزيز (٩٩/١٢) ، ١٠٩ ، روضة الطالبين للنووي (١٦٨/٥) ، ط المكتب الإسلامي للطباعة والنشر .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) بقصد قوله بأن الخارة من معاملة أهل خير .

(٤) أعرق : أتى العراق . القاموس المحيط . باب القاف فصل العين (٢٧٣/٣) .

(٥) ألحد : مال وعدل وجدال ، وألحد في الحرم : ترك القصد فيما أمر به وأشرك بالله . القاموس المحيط باب الدال فصل اللام (٣٤١/١) ، وألحد في دس الله : أي حاد عنه وعدل . مختار الصحاح (٦١٧) ، (إحد) .

(٦) بدا القوم : خرجوا إلى يديهم . مختار الصحاح (٥٧) ، (بدا) القاموس : باب الواو والياء فصل الباء (٢٠١/٤) .

(٧) ساقطة من (ص) ، (ن) . (٨) في (ص) ، (ن) : [بكرة] .

(٩) الخلع : إزالة ملك النكاح بأخذ المال . الترمذيات (٩١) .

١٧٣٠٧ - أصله : إذا ساقاه على نخل على أن يستحق نصف ثمرة نخلة واحدة^(١) منه .

١٧٣٠٨ - فإن قيل هذا لا يجوز مثله في المضاربة .

١٧٣٠٩ - قلنا : المضاربة نوع شركة ، فلا تجوز مع قطع الربح عن بعض المال .

١٧٣١٠ - والمساقاة إجارة ، فإذا جازت على نوع مال جازت على أبعاضه^(٢) / ب/١١١

١٧٣١١ - ولأنه شرط جزء مما يحدث من ملكه بدلاً عن^(٣) عمله ، فوجب أن يكون باطلاً . أصله المزراعة^(٤) المنفردة والغنم إذا عامله راعيها^(٥) بجزء من أولادها ، وألبانها .

١٧٣١٢ - فإن قيل : الأرض المنفردة يمكن إيجارها فلم تجز المعاملة عليها .

١٧٣١٣ - قلنا^(٦) : والنخيل يمكن الاستئجار على عمله بثمن في الذمة .

١٧٣١٤ - فإن قيل : الغنم لا يحصل النماء بعمله عليها ، وإنما يقربها من العلف ويقرب الفحل منها ، ثم يكون الولد من فعل الله .

١٧٣١٥ - قلنا : لا نفرق^(٧) بينهما ؛ لأن النخل والكرم يقرب الماء منهما ، كما يقرب العلف إلى الغنم ، أو يقرب الغنم إلى العلف ، ويوقع فعلاً فيها وهو حلابها وجزها ، كما يلحق النخل ويقرب الفحل [لضربها]^(٨) ، فيخلق الله سبحانه وتعالى الولد ، كما يلحق النخل فيخلق الله الثمرة ، ويقلبها من حال إلى حال ، فلا فرق بينهما .

١٧٣١٦ - ولأن العمل على النخل معاوضة لازمة ، فلا يجوز بدل معدوم^(٩) كالبيع والإجارة .

(١) في (ن) : [فأخذ] وهو خطأ .

(٢) في (م) ، (ن) : [أبعاضه] ، وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا من] . (٤) في (م) ، (ع) : [لزراعة] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) . (٦) في (ن) : [لنا] وهو خطأ .

(٧) في (ص) ، (ن) : [لا فرق] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لضربها] . وضرب الفحل ضرباً : يكبح .. القاموس المحيط باب الباء فصل الصاد (٩٩/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [معلوم] وهو خطأ .

١٧٣١٧ - احتجوا بما روى نافع ^(١) عن ابن عمر ^(٢) [**ع**] أن النبي **ﷺ** «عَاتَلَ أَهْلَ خَيْبَرٍ يَشْطُرُ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرِ أَوْ زَرْعٍ» ^(٣).

١٧٣١٨ - وروى مقيس ^(٤) عن ابن عباس ^(٥) قال : افْتَتَحَ رَسُولُ اللَّهِ **ﷺ** خَيْبَرَ ، واشْتَرَطَ أَنَّ ^(٦) لَهُ الْأَرْضَ مِنْ كُلِّ صَفْرَاءَ وَتَيْصَاءَ . وَقَالَ أَهْلُ خَيْبَرٍ : نَحْنُ أَعْلَمُ بِالْأَرْضِ مِنْكُمْ « فَأَقْعَطَاهَا » ^(٧) عَلَى أَنَّ لَكُمْ نِصْفَ الثَّمَرَةِ وَلَنَا النِّصْفُ ^(٨).

١٧٣١٩ - والجواب : أن هذا لم يكن على طريق المساقاة ، بدلالة أنه لم يذكر مدة معلومة فقال « تَقْرُكُمْ فِيهَا مَا شِئْنَا » ^(٩).

(١) أبو عبد الله نافع بلدني من أئمة التابعين بالمدينة ، كان فقيهاً متفقاً على رياسه ، كثير الرواية للحديث ، ثقة لا يعرف له خطأ في جميع ما رواه ، وهو ديلمى الأصل مجهول النسب . أصابه عبد الله بن عمر صغيراً في بعض مغاربه ، ونشأ بالمدينة ، وأرسله عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن . توفي سنة (١١٧) هـ . راجع التهذيب (٤١٢/١٠) ، وفيات الأعيان (٣٦٧/٥) ، الأعلام (٦/٨) وغيرها .

(٢) أبو عبد الرحمن : عبد الله بن عمر بن الخطاب أسلم وهو صغير ، وهو من بايع تحت الشجرة ، توفي سنة (٧٣) هـ . راجع سير أعلام النبلاء للذهبي (٣٠٢/٣) ، ط مؤسسة الرسالة ، أسد الغابة (٣٤٠/٣) ، التهذيب (٣٢٨/٥) . (٣) ساقط من (ص) .

(٤) حديث صحيح أخرجه الجماعة . البخاري باب إذا لم يشترط الستين في المزارعة (١٣٨/٣) ، مسلم كتاب المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزروع (١١٨٦/٣) رقم ١ (١٥٥١) ، مسند أحمد (١٧/٢ ، ٢٢ ، ٣٧) ، سنن الترمذي (٥٩ / ٣) ، كتاب المساقاة والمزارعة ، ونبل الأوطار (٢٧٢/٥) . (٥) مقسم بكسر أوله وسكون ثانيه - « بن بُجْرة بضم الموحدة وسكون الجيم ، ويقال : ابن الجدة ، أبو القاسم ، ويقال : أبو العباس مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل ، ويقال : مولى ابن عباس للزوجه له ، روى عن ابن عباس وعبد الله بن الحارث بن نوفل وعائشة وغيرهم ، وتوفي سنة ١٠١ هـ ، راجع التهذيب (٢٨٩/١٠) ، وشذرات الذهب (١٢١/١) وغيرها .

(٦) عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي القرشي الهاشمي يكنى أبا العباس بن عم رسول الله **ﷺ** ويسمى حبر الأمة وترجمان القرآن ، كان عمره يوم توفي رسول الله **ﷺ** عشرين سنة وقيل خمس عشرة ، توفي بالطف سنة ٧٠ هـ . راجع الاستيعاب (٩٣٣/٣ - ٩٣٩) ، وفيات الأعيان (١٦٢/١٣) ، التهذيب (٧٦٦-٧٦٧) ، أسد الغابة (٢٩٠/٣) ، الإصابة (١٤١/٤) .

(٧) في (ن) : [على ص ، ع] . (٨) في (م) ، (ع) : [فأعطها] .

(٩) أخرجه أبو داود ضمن حديث طويل ، راجع السنن له (٦٩٨/٣) رقم (٣٤١٠) وابن ماجه في الرهون (٨٢٤/٢) رقم (٢٤٠٨) ، باب معاملة النخيل والكرم مختصراً ، وفي الزكاة باب نحرص النخل ، وأبو داود (٥٨٢/١) ، رقم (١٨٢٠) .

(١٠) أخرج الشيخان عن ابن عمر : أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز ، وأن =

١٧٣٢٠ - ذكر ذلك ابن إسحاق ^(١) وروي ^(٢) « نُقِرْكُمْ مَا أَقَوْكُمْ اللَّهُ » ^(٣) وهذا لا يجوز شرطه باتفاق ^(٤) فاحتمل أن يكون النبي ﷺ جعل جزيتهم العمل في الأرض ودفع إليهم سهماً من الثمرة على طريق المعونة ؛ لأن الإمام يجوز له معونة أهل الذمم ، إذا لم يجدوا شيئاً .

١٧٣٢١ - فإن قيل : إذا أجمعنا على أن المساقاة لا تجوز إلا بمدة معلومة ^(٥) علماً أن النبي ﷺ ذكر المدة ، ولم تنقل ، ولا يجوز بأن ^(٦) يحمل أمره على أنه عقد مالا يجوز بالإجماع .

١٧٣٢٢ - قلنا : قوله ^(٧) : نُقِرْكُمْ ^(٨) ما شئنا ، ينفي ذكر مدة معلومة ، ولو كانت مذكورة لقلت ، فلا يجوز ثبت مدة لم تنقل ، بل قد نقل ما ينفيها ويوجب حمل الأمر ^(٩) على غير عقد المساقاة من الوجه الذي بينا ^(١٠) .

١٧٣٢٣ - قالوا : قوله : « عَلَى أَنْ نُقِرْكُمْ مَا أَقَوْكُمْ اللَّهُ وَ مَا شِئْنَا » ، يحتمل أن يكون شرطاً تقدم العقد .

رسول الله لما طهر عليها أراد إخراج اليهود ، فسألت اليهود رسول الله أن يفرهم بها على أن يكفروا عملها ولهم النصف من الثمر ، فقال رسول الله : « نفركم بها على ذلك ماشئنا » ففروا بها حتى أجلاهم عمر إلى نيماء ، أو أريحاء . صحيح البخاري . إذا قال رب الأرض أفرك ما أفرك الله (١٤٠/٣) ، مسلم (١١٨٨/٣) رقم (١٥٥١) .

(١) محمد بن إسحاق بن يسار الملقب بالولاء المدني (أبو بكر ، أبو عبد الله) محدث حافظ من تصانيفه : السيرة النبوية ، الخلفاء ، المبدأ ، رأى أنس بن مالك ، وحدث عن أبيه وعنه موسى وناقع وغيرهم . وعنه جرير بن حازم وإبراهيم بن سعد وغيرهم توفي ببغداد سنة ١٥١ هـ . وفيات الأعيان (٢٧٦/٤) ، شذرات الذهب (٢٣٠/١) ، تذكرة الحفاظ للذهبي (١٧٢/١) ، ط دار إحياء التراث العربي ، البصر (٢١٦/١) ، لسان الميزان لابن حجر (٦٨٢/٦) ، ط الهند ، التهذيب (٢٨/٩) ، وغيرها .

(٢) في (م) ، (ع) : [روي] .

(٣) راجع للموطأ للإمام مالك (٧٠٣/٢) ، مسند الشافعي (٩٥) ط بيروت .

(٤) أي لا يجوز شرطه في المساقاة ؛ لأن من شرطها بيان المدة من غير جهالة .

(٥) عند الشافعية : لا بد من ذكر المدة صراحة . وعبد الأحناف : لا يشترط النص ، لأنه مبهم من العادة ، ولذلك قالوا . وأما بيان المدة فليس بشرط استحساناً للعلم بوقته . راجع المذهب (٥١٣/١) ، البدائع (١٨٦/٦) ، ابن عابدين (٢٨٦/٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [قولكم] وهو خطأ .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(١٠) قصد بذلك تعليق المدة على المشيئة مما يتنافى مع حقيقة عقد المساقاة ، للجهالة المقررة على ذلك وعدم =

١٧٣٢٤ - قلنا : المنقول أن العقد وقع على هذا الشرط ، ولأنه لو كان قلبه لم يتعلق به حكم ، ولا يجوز أن تحمل شروط رسول الله ﷺ على مالا يؤثر في الحكم
 ١٧٣٢٥ - فإن قيل : قوله ^(١) : « تَرَكْتُمْ مَا أَفَرَقْتُمُ اللَّهُ » معناه : ما لم ينسخ ^(٢) . هذا الحكم ^(٣) .

١٧٣٢٦ - قلنا : قد روينا : « تَرَكْتُمْ مَا شَقْنَا » وهذا لا يمكن حمله على النسخ .
 ١٧٣٢٧ - ولأن رسول الله ﷺ أفرهم على هذه المعاملة ^(٤) وأبو بكر [عليه السلام] ^(٥) وَبَقِيَ أَتَام ^(٦) « عَمَرَ » ^(٧) قلما أراد عمر رضي الله عنهما أن يجعلهم قال ^(٨) : إن رسول الله ﷺ شرط أن يترككم ما أفرقكم الله في أخلاقكم . ولو كان هذا الشرط لكان

= بيان مدتها .

(١) في (م) ، (ع) : [قولكم] وهو خطأ .
 (٢) يطلق النسخ في اللغة ويراد به أحد معنيين : الإزالة ، أو النسخ مع بقاء الأول ، مثل الأول : نسخت الشمس الظل ، والثاني : نسخت الكتاب . واصطلاحاً : عرفه علماء الأصول : بأنه رفع أو إزالة حكم شرعي بدين شرعي . راجع القاموس المحيط باب الحاء فصل البون (٢٨١/١) ، غاية الوصول شرح لب الأصول . لأبي يحيى زكريا الأنصاري ص (٨٧) ط عيسى الحلبي ، والمحصول للرازي (٥٢٦/١) ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت . والبرهان لإمام الحرمين (٢٩٤/٢) ط دار الأنصار ، واللمع للشيرازي ص (٣٠) ، ط مصطفى الحلبي ، إرشاد الفحول (١٨٣) ط مصطفى الحلبي ، والإحكام للإمدى (١٤٦ / ٣) ط دار الحديث .
 (٣) هو خطاب الله تعالى المتعلق بأعمال المكلفين بالانقضاء ، أو التخيير ، أو الوضع . راجع الأحكام (١٣٥/١) ، المحصول (١٥/١) ، التمهيد للإسنوي ص ٤٨ ، والتعريفات ص ٨٢ .

(٤) في (ن) « الرسول » .
 (٥) ساقطة من (م) ، (ع) .
 (٦) ساقطة من (ن) وهو عبد الله بن أبي قحافة أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة ، فسماه رسول الله ﷺ عبد الله ، وهو أول من أسلم من الرجال ، وأول من صلى مع رسول الله ﷺ ، ورافقه في هجرته ، وأول خليفة للمسلمين ، توفي بعد رسول الله ﷺ بستين وثلاثة أشهر وسبع ليال سنة (١٣ هـ) . راجع الاستيعاب (٩٦٢/٣ - ٩٧٧) ، الإصابة (٤٤/٧) ، وفیات الأعيان (٦٤/٣) ، شذرات الذهب (٢٧/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وبمدهما عمر] وما أثبتناه أدق ؛ لأن عمر أجلاه في أبيه كما سبق القول .
 (٨) أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بن نفيل بن عبد العزى بن رياح القرشي (أبو حفص) كان إسلامه عزاً ظهر به الإسلام ، وأسلم بعد أربعين رجلاً وإحدى عشرة امرأة . ولي الخلافة بعد الصديق ، وقعه أبو لؤلؤة وهو في صلاة الصبح سنة ٢٣ هـ . الإصابة (٥٨٨/٤) ، أسد الغابة (١٤٥/٤) ، الاستيعاب (١١٤٤-١١٥٩) ، شذرات الذهب (١٦/١) ووفيات الأعيان (٤٣٦/٣) والأعلام (٤٥/٥)
 (٩) ساقطة من (ن) .

انقطاع العقد بالفسخ ؛ لم يجز أن يُفسَخَ (١) عمر عليه السلام ، ولَمَّا وجد الفسخ علم أنه يؤقت مشيئة الإمام ما رأى أن في تيقينه مصلحة ، لا كما قالوا .

١٧٣٢٨ - وجواب آخر (٢) : وهو أن النبي صلى الله عليه وآله فتح أكثر خيبر عنوة (٣) فثبت له حق الاسترقاق في رقابهم ، ففَقَدَهُ (٤) معهم كمقدد المولى مع عبده ، فيجوز فيه ما لا يجوز في عقود الأحرار .

١٧٣٢٩ - فإن قيل : لو كانوا استرقوا لم يحز له (٥) أن (يجلبهم) (٦) ويسقط حق المسلمين من رقابهم .

١٧٣٣٠ - قلنا : النبي صلى الله عليه وآله لم يسترقهم ولم يحكم بحريتهم ، بل أوقف ذلك على الارتباط بالعقود معهم ، وحق الاسترقاق ثابت كالعقد مع الرقيق فرأى عمر عليه السلام أن يأخذ وجهي الاختيار (٧) وسقط حق الاسترقاق عنهم (٨) .

١٧٣٣١ - فإن قيل : لما خرس (٩) عبد الله بن رواحة (١٠) قال : إن شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ

(١) انفسخ العقد والبيع والنكاح : انقضى . القاموس المحيط باب الحاء فصل الغاء (٢٧٦/١) .

(٢) في (ن) : [ثان] .

(٣) أخرج أبو داود عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وآله افتتح بعض خيبر عنوة ، راجع بيل الأوطار (١٣/٨) ، والندبة والنهاية (١٨١/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فقده] .

(٥) في (ن) [لهم] وهو خطأ والمراد عمر عليه السلام . (٦) بالنسخ [يجلبهم] وهو خطأ ظاهر .

(٧) في (م) ، (ع) : [الأنخبار] .

(٨) أرى أن قول المصنف بأن النبي صلى الله عليه وآله لم يسترقهم ولم يحكم بحريتهم بل جعل أمرهم موقوفاً على العقد معهم فيه نظر ؛ لأن هذا الأمر من الأمور المهمة التي تحتاج إلى بيان ، لأنه من المعلوم أن هناك قارفاً بين كون أهل خيبر أحراراً أو كونهم عبيداً ، بالنسبة للتعامل من قبل المسلمين ، إذ لو استرقوا لتعلق بربابهم حق المسلمين ، ولو كانوا أحراراً لم يكن للمسلمين عليهم غير الجزية . كما لا يحق لمن جاء بعد الرسول صلى الله عليه وآله أن يضرب عليهم الرق ، وهم أحرار ، ولما توقف فهم حقيقة العقد الذي عقده رسول الله صلى الله عليه وآله ، وهو التوقف على معرفة كونهم أحراراً أم عبيداً وحسب بيان حالهم ولم يكن التوقف مناسباً ، ولا يعقل أن يترك رسول الله صلى الله عليه وآله أمراً بهذه الأهمية ولا يبينه ومن الممكن أن يشار إلى أن مجرد وقف الحرية على الارتباط بالعقود معهم دليل على إثبات حررتهم .

(٩) الخرس . حرر ما على النخل من الرطب ثمراً . مختار الصحاح خرس (١٩١) ، القاموس المحيط باب الصاد فصل الغاء (٣١٠/٢) .

(١٠) عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصاري النقيب الصحابي ، الشاعر شهد بدرًا والخندق والحديبية واستشهد في مؤنة . راجع الاستيعاب (٨٩٨/٣) ، التهذيب (٢١٢/٥) ، سير أعلام النبلاء (٢٣٠/١) ، =

يَشْتَقُّمُ فَلَنَّا ^(١) ، فذل أنهم أحرار ؛ لأن العبيد لا يملكون .

١٧٣٣٢ - قلنا : العبد يضاف ^(٢) إليه الملك وإن لم يملك حقيقة ؛ لأن العرب تضيف بأدنى ملابس ، على أنا بيئنا أن حق الاسترقاق كان متعلقاً براقبهم ، وهذا لا يتبع من ثبوت ملكهم إلا أن ^(٣) يسترقوا .

١٧٣٣٣ - وجواب ثالث : أن النبي ﷺ نزل على أملاكهم بعض خير على طريق الطعمة لهم ^(٤) ، لأنه لما أجلاهم عمر ﷺ : قَوْمُ لَهُمْ مِلْكُ الطَّعْمَةِ ^(٥) فيحوز أن يكون جعل عليهم العمل في حصص المسلمين جزية ^(٦) ، وأعطاهم النصف حصص ما تركه لهم من الأملاك طعمة ، يبين ذلك أن النبي ﷺ لم ^(٧) يأخذ منهم جزية . ولا يحوز تيقية الكافر في دار الإسلام بغير شيء ؛ فعلم أن عملهم كان جزية . فإن قيل : إن النبي ﷺ قَسَمَ خَيْرَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ^(٨) فكيف يكون بعضها لهم ؟

١٧٣٣٤ - قلنا : إنما يرب رسول الله ﷺ الكنية ^(٩) خاصة فجعلها لنفسه ، وحمل

= حلية الأولياء (١١٨/١) ، ط العكر بيروت .

(١) راجع الموصأ (٧٠٣/٢) ، مسد الشافعي (٩٥ ، ٢٢٣) ، التمهيد لابن عبد البر (١٦٥ ، ٤٤٤/٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مضاف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ألا] . (٤) صافطة من (م) ، (ع) .

(٥) راجع مغازي الواقدي [٧٠٧/٢] .

(٦) الجزية بالكسر خراج الأرض وما يؤخذ من النمي . القاموس المحيط باب الواو والياء فصل الجية (٣١٤/٤) . واصطلاحاً : اسم لما يؤخذ من أهل الذمة لأنها تعصمهم من القتل وقيل ليست مأخوذة في مقابلة الكفر ولها التقرير عليه بل هي نوع إذلال لهم ومعونة لنا ، وربما يحملهم ذلك على الإسلام مع مخالفة المسلمين الداعية إلى معرفة محاسن الإسلام . والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ قَتَلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَبْرِئُونَ رَأْسَهُمْ وَاللَّهُ يَبْرِئُهُم مِّنَ الذَّمِّ وَأُولَئِكَ الْمَلَأُوا لِبَاسَهُمُ الْحَرَمَ حَتَّى يَسْكُوَ الْجَنَّةَ مَن يَكُ يَوْمَ وَقَدْ سَبَرْتُمْ ﴾ .

(٧) صافطة من (م) ، (ع) .

(٨) عن بشر بن يسار عن رسول من أبي حنيفة ، قال قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْرَ نَصْفَيْنِ نَفْسًا لِّرِوَاةٍ وَخَوَاصِّهِ ، وَنَفِصًا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ قَسَمَهَا عَلَى ثَمَانَةِ عَشَرَ شَهْرًا . راجع نيل الأوطار (١٣/٨) .

(٩) في (ن) : [الكمية] وفي (م) ، (ع) الكيفية وكلاهما خطأ ، والكنية حصن من حصون عمر لما قسمت حير كان القسم على نطاة والشق والكنية ، فكانت نطاة والشق في سهام المسلمين ، وكانت الكنية خمس الله وسهم النبي ﷺ . راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٤ / ٤٣٧) ، ط دار صادر للطباعة والنشر . بيروت ومغازي الواقدي (٢ / ٦٩٣) .

سهام المسلمين من الشَّقْ (١) ، وَالنُّطْأَة (٢) ، ولم يقسم الأراضي (٣) وإنما حمل لهم سهاً من الأوسق ، وهذا لا ينفي أن تكون طلعة اليهود فيها ، يدل على [ذلك] (٤) ما ذكر الواقدي (٥) : أن عمر رضي الله عنه لما أجلاهم خرج إليها ومعه القسام ، وقسمها بين المسلمين (٦) ، ولو كانت القسمة سبقت لم يكن للقسمة الثانية معنى ، يُبين صحة ما ذكرنا : أن النبي صلى الله عليه وآله انفرد بالكتيبة ، وجعل سهام المسلمين في الشَّقْ والنُّطْأَة (٧) ولم ينفل أنه استأذنهم في عقد ، ولا يجوز أن يعقد على أملاكهم عقد معاملة بغير إذنتهم . ١٧٣٣٥ - ويجوز أن يعقد الجزية لهم بغير إذنتهم (٨) .

١٧٣٣٦ - فدل أن هذا العقد كان على أن جعل عملهم جزية عليهم ، وهذا لا يقف على إذن المسلمين ، فكان حمل العقد على ذلك أولى . ثم هذه الأخبار لو دلت

(١) الشَّقْ بالفتح عن الزمخشري وروى بالكسر من حصون خيبر معجم البلدان (٣/٢٥٥) ، والمغازي (٢/٦٨٠) .
(٢) النُّطْأَة : بالفتح ، قيل : اسم لأرض خيبر ، وقال الزمخشري : نطاة حصن من حصون خيبر ، وهو الذي يناسب المعنى هنا . البلدان (٤ / ٢٩١) .

(٣) أراد المصنف بما سبق القول بأن أراضي خيبر لم تقسم ، وإنما قسم ما حصل عليه المسلمون من غنائم وأموال غير الأرض ، أما الأرض فقد كان يقسم ما يخرج منها وليس عينها . قال الواقدي : الشَّقْ والنُّطْأَة والكتيبة حصون من حصون خيبر ، جمع فيها رسول الله ما غنم المسلمون ، ثم جعل لنفسه الكتيبة خاصة ، وقسم بين المسلمين النطاة والشق . راجع المغازي (٢ / ٦٨٠ ، ٦٩٣) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء الواقدي أبو عبد الله محدث حافظ ، مؤرخ ، أديب ، مفسر ، ولد بالمدينة ، وصنع من مالك بن أنس وسفيان الثوري ، وانتقل إلى العراق ، وولي قضاء الجانب الشرقي من بغداد ، من تصانيفه : تاريخ الفقهاء ، السنة والجماعة ، ذم الهوى ، ترك الخوارج في الفتن ، تفسير القرآن ، المغازي وغيرها . توفي سنة ٢٠٧ هـ . راجع : تاريخ بغداد (٣ / ٣ - ٢١ ، ١٩٦) القهرست لابن الدم (١ / ٩٨ ، ٩٩) ط طهران ، وفیات الأعيان (٤ / ٣٢٨ ، ٦٤٩) ، البداية والنهاية (١٠ / ٢٦١) ، شذرات الذهب (١ / ٦٩) ، ميزان الاحتدال (٣ / ١١٠ ، ١١١) ، جوهرة الأمثال (١ / ١٧) ط المؤسسة العربية .

(٦) انظر المغازي (٢ / ٧١٨) ، وسرى القشام وهم أربعة فروع من عمر البجائني ، حباب بن صخر السلمي ، وأبو الهيثم التيهان ، زيد بن ثابت . (٧) في (ع) : [العطاء] وهو خطأ .

(٨) من المعلوم أن الجزية نوعان صلحية وهي التي يصالح عليها الإمام أهل البلد المقترح ، ومقدارها حسب ما ينقل عليه . وهي كمثل التي صالح عليها رسول الله أهل نجران على ألف ومائتي حلة . وجزية عنوة يصحبها الإمام من غير رضاهم ، وهذه تختلف في تقديرها بين الغني والفقير فهي على الغني ثمانمائة وأربعين درهما ، وعلى الفقير الحمل اثنا عشر درهما وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما وهذا النوع ما قصده المصنف . راجع البدائع (٧ / ١١١) .

على جواز العقد كان خبر رافع بن خديج مستأخراً عنها فالرجوع إليه أولى ^(١) .
 ١٧٣٣٧ - واحتجاجهم بالإجماع ^(٢) لا يصح ، لأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما أجازا على فعل رسول الله ﷺ ولم يستأنفا عقداً ^(٣) وقد بينا أنه لا دلالة في فعله لاحتماله ^(٤) .
 ١٧٣٣٨ - ومن روي عنه أنه كان يعامل بالمدينة ^(٥) فقوله معارض بقول ^(٦) رافع بن خديج وبما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما لما سمع حديث رافع بن خديج انتفى ^(٧) عنها وتركها ^(٨) .
 ١٧٣٣٩ - قالوا : عين يتوصل إلى ثمنائها بالعمل عليها ، فإذا لم يمكن ^(٩) إجازتها

(١) لأنه يكون ماسحاً لما تقدم .
 (٢) الإجماع لغة : يطلق على معنيين - العزم ، والاتفاق . فمن الأول : قوله تعالى : ﴿ تَأْتِيهِمْ أَشْجَارٌ مِّنْ أَعْنَابٍ ﴾ [يونس : ٧١] أي أكرموا ، ومن الثاني قولهم أحجموا على كذا ، أي اتفقوا عليه . وفي الاصطلاح : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور في عصر من العصور . راجع القاموس المحيط باب العين فصل الجيم (١٥/٣) والمحصل (٣/٢) ، نهاية السؤل وشرح البدعي (٢٧٣/٢) ، ط صبيح ، والوجيز في أصول الفقه (٦١) ، ط المكتب الثقافي للشر والزروع . وقد ائجج الشافعية على جواز المساقاة بالإجماع ، ثم احتفقوا في تفسيره ، هل هو إجماع الصحابة المحاصل من تقرير أيوبكو ، وإقرار عمر صدرا من إمارته بمد فعل الرسول ، أم إجماع من بعدهم أيضاً ؟ وكلام المصنف هنا ينصب على الأول ، وهو إجماع الصحابة فقط ، وإن قصد الشافعية إجماع التابعين ومن بعدهم فهو لا يستقيم أيضاً ، لأن الإجماع كما سبق اتفاق أهل الحل والعقد ولا يتنقد الإجماع مع ثبوت المخالفة . راجع استدلال الشافعية بالإجماع في معنى المحتاج (٣٢٢/٢) ، نهاية المحتاج (٢٤٤/٥) ، البحرى على الخطيب (١٦٦/٣) .

(٣) في (ع) : [عقد] وهو خطأ .
 (٤) أي احتمال كونه عقد جزية ، أو أن الدفع كان على سبيل الطعنة كما سبق .
 (٥) في نيل الأوطار : قال البخاري ، عن قيس بن مسلم ، عن أبي جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة ولا يزعمون على الثلث والرابع ، وزارع غلّي رضي الله عنه وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر ، وآل علي وآل عمر قال : وعامل غلّي الناس على إن جاء عمر باليمن من عهده فنه الشطر ، وإن جاءوا باليمن فلهم كذا . نيل الأوطار (٢٧٢/٣) ، والخبر وإن كان وارداً في المراجعة فقد علس أن المراجعة والمساقاة مخارة عند أبي حنيفة فالكلام فيها واحد .

(٦) في (م) ، (ع) : [لقول] .
 (٧) في (ن) : [انتهى] .
 (٨) أخرجه مسلم في صحيحه عن ابن عمر ، قال : « كُنا لا نرى بالخبر ثمناً ، غلّي كان غنم أول ، فزعم ربيع أن نبي الله ﷺ نهى عنها فتركناه من أجله . مسلم يوع (١١٧٩/٣) ، وسواءه عبد السامي ، باب النهي عن كراء الأرض (٤٩/٧) وابن ماجه في الرهون ، باب في المزارعة (٨١٩/٢) ، مستد أحمد (١١/٢) ، وهو دلود (٦٨٧/٣) .
 (٩) في (م) ، (ع) : [يمكن] .

حار المقد عليها ببعض ثمنائها كالأثمان ^(١) .

١٧٣٤ - قلنا : الوصف غير مُستلَم ؛ لأن الأثمان تجوز إيجارها عندنا للرهن ولتعمّر بها الموازين ^(٢) ، ويظن بالحنطة والشعير ، لأن إيجارها على قولهم لا تجوز ، ولا يحوز المقد عليها مضاربة ، لأن المضاربة نوع شركة ، والشركة يعتبر فيها أن يعلم السهم ^(٣) المستحق دون غيره ، والمساقاة نوع إجارة بدلالة اشتراط المدة فيها ، والإيجارات يعتبر فيها العلم بمقدار الأجرة ، فإذا جمعت جهالة المقدار وتعلقها بمعدوم ^(٤) وخطر ^(٥) لم يصح ^(٦) .

١٧٣٤١ - قالوا : الغرر ^(٧) في المضاربة أكثر من المساقاة بدلالة أن النخل في الغالب يحمل والريح يجوز ويجوز أن لا يوجد ، فإذا جازت المضاربة فالمساقاة أولى ^(٨) .

١٧٣٤٢ - قلنا : الغالب وجود كل واحد من الأمرين ^(٩) والخطر موجود فيهما جميعا إلا أن أحدهما شركة ^(١٠) والشركة لا يؤثر فيها الأخطار والجهالة ، والآخر ^(١١) إجارة فيؤثر ذلك فيها . يبين الفرق بينهما أن صاحب العمل ^(١٢) شرط بعض ماله في مقابلة العمل كما شرط في الإجارة ، وصاحب المال ^(١٣) لم يشترط بعض ماله وإنما شرط بعض

(١) راجع : نهاية المحتاج (٢٤٥/٥) ، فتح العزيز (١٠٠/١٢) ، والمهذب (٥٠٥/١) .

(٢) في (ن) : [السهر] وهو خطأ ، والمراد به نصيب العامل .

(٣) إنما كان مقدار الأجرة في المساقاة مجهولاً لأنه يقدر بالجزء كالربح والثالث ونحوه ، ومعرفة قدره يتوقف على معرفة مقدار الباقي وهو لم يحصل بعد .

(٤) في (ن) : [معلوم] وهو خطأ والمراد الثمرة .

(٥) لأن الثمرة قد تسلم فيسلم المشروط وقد لا تسلم .

(٦) الحق أن كل هذه المعاني التي استدلت بها المصنف على بطلان المساقاة توجد في المضاربة ، لأن الربح فيها مجهول ، ومعلوم على خطر أيضاً لأن نصيب العامل مقدر بالجزء وهو لم يحصل بعد ، ولا يستحق العامل إلا بعد سلامة رأس المال ، وتحقق وجود الربح ، وقد لا يتحقق ، ومع ذلك أجمعوا على حوازها

(٧) المرر : ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أليكون أم لا ، وهو سمي عنه لئله ^(٨) عَنْ نَيْبِ الْفَرَزِ وَتَبِعِ الْخَصَاةَ ، وبأنه تخريج الحديث . راجع التعريفات ص (١٤١) .

(٨) قال في فتح العزيز : وقد يفسر الأصحاب المساقاة على القراض فيحتاج معه - فتح العزيز (١٠١/١٢) .

(٩) يقصد الربح والثمره . (١٠) أي المضاربة .

(١١) المساقاة .

(١٢) في (ن) : [الحَلْ] وهو خطأ ، لأن المراد به صاحب البستان .

(١٣) هو رب المال في المضاربة .

ما يتحصل للمضارب بتصرفه ^(١)، وضمانه ^(٢)، كما يشترط في الشركة ^(٣)، ألا تترى أن الشرعة يجوز أن توجد بلا سقى ^(٤) ولا عمل والربح لا يوجد إلا بالعمل !

١٧٣٤٣ - فدل على أن ^(٥) رب المال لم يشترط للمضارب بعض ماله والمساقي ^(٦)، شرط بعض ماله . كما شرط في المعاوضات .

١٧٣٤٤ - قال ابن أبي هريرة ^(٧) أجمعت الصحابة عليهم السلام على صحة انضابة والإجماع لا ينمق إلا عن دليل ^(٨) .

١٧٣٤٥ - والدليل توقيف عن النبي صلى الله عليه وسلم أو قياس ^(٩)، وليس مع الصحابة توقيف على جوازها، فثبت أنهم أجازوها قياساً، ولابد للقياس من أصل ^(١٠)، وليس للمضاربة أصل إلا المساقاة، فثبت أنهم جوزوا المضاربة قياساً على المساقاة، فلذا جاز الفرع فالأصل أولى بالجواز ^(١١) .

١٧٣٤٦ - وهذا غلط ظاهر، لأن الأمة أجمعت على جواز المضاربة، وما أجمع

(١) أي المضارب .

(٢) أي رب المال لأن العامل أمين في المضاربة لا يضمن من غير تفريط .

(٣) في (م)، (ع) : [كما شرط في الشرك] .

(٤) في (ن) : [بلا شيء] . (٥) ساقطة من (ن) .

(٦) في (ن) : [للمسافر] وهو خطأ .

(٧) في (م)، (ع) : [وبرة] وهو خطأ وقد سبقت ترجمته .

(٨) اختلف الأصوليون حول انعقاد الإجماع لا عن دليل، فالجمهور منهم وهو ما رجحه الرزلي في المحصول، والآمدني في الأحكام على أنه لا ينمق إلا عن دليل من نص أو قياس، ذهب البعض إلى أنه يجوز أن ينمق الإجماع عن توقيف لا توقيف، بأن يوفقوا إلى الحكم الصحيح، راجع المحصول (٨٨/٢)، الأحكام للآمدني (٣٧٤/٢) طدار الحديث . نهاية السؤل (٣١٠/٢) .

(٩) القياس في اللغة التقدير والمساواة، فقياس على غيره، أي سواء به . وقاس التوب بالشر ففهمه . واصطلاحاً : رد فرع إلى أصل بعلّة جامعة . أو إثبات حكم الأصل في الفرع لاجتماعهما في علّة بنفكم . راجع القاموس المحيط باب السين فصل القاف (٢٥٣/٢)، شرح الكوكب المنير لأبن النجار (٦/٤) ذ جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، للمعتمد في أصول الفقه للبهري المعتزلي (٤٤٣/٢) ط الكتب العلمية بيروت . وقد اختلف القائلون باشتراط المستند لصحة الإجماع في جواز كون المستند في الصلاة في حجة النبي صلى الله عليه وسلم فأجمعوا على صحة خلافه . راجع المحصول (٨٩/٢) .

(١٠) سمي الأصل في القياس بالقياس عليه والفرع بالقياس .

(١١) راجع الحاوي (١٠٥) وهو ينصه في تكملة المجموع الثانية (٤٠٤/١٤) .

عليه هو الأصل ، وما اختلف فيه فهو الفرع ^(١١) ، وكيف يقال إنهم أخذوا المجمع عليه ^(١٢) من المختلف فيه ^(١٣) .

١٧٣٤٧ - وقوله : إنه لا توقيف مع الصحابة على المضاربة علط ؛ لأن النبي ﷺ يجوز أن يكون يئس لهم ذلك فآكتفوا بالإجماع على ^(١٤) نقل الطريق الذي انعقد ^{١/١٧} الإجماع عنه ^(١٥) ، ويجوز أن يكون ^(١٦) لجوازه طريق ثالث ، وهو ^(١٧) إقرار النبي ﷺ لأهل عصره عليها كما أقرهم على سائر العقود ، وانعقد الإجماع على هذا التقرير ، ولو وجب ما قالوا ^(١٨) لجاز أن يكتفوا قاسوها على الشركة ^(١٩) .

١٧٣٤٨ - لأن ^(٢٠) شركة العنان ^(٢١) يجوز ^(٢٢) بالمال من الجهتين ^(٢٣) ، وشركة الرجوه ^(٢٤) تجوز بالعمل من الجهتين ، والمضاربة يجتمع فيها الأمران فجوزوها اعتباراً بالأصليين ، فهذا أجاز أن يوجد ما أجمع ^(٢٥) عليه مما اختلف فيه ^(٢٦) .

(١) الفرع خلاف الأصل وهو اسم لشيء ينشأ عليه غيره . التعريفات (١٤٥) .

(٢) للمضاربة .

(٣) للمساقاة .

(٤) كذا بالسسخ [ولعلها] [عن] .

(٥) توقفاً كان أو قياساً .

(٦) في (ن) : رباقة [بين لهم ذلك] وهي تقسّد للمي .

(٧) سافطة من (م) ، (ع) .

(٨) أي كون الإجماع على صحة المضاربة مستتباً على القياس .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الشركة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا] وهو خطأ . (١١) سبق تعريفها .

(١٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [لجوازه] وهو خطأ .

(١٣) في (ن) : [المجانين] .

(١٤) شركة الرجوه . هي أن يشترك الثمان فيما يشتريانه بحاهما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما اشتريا بهما نصفين أو أثلاثاً أو أرثاقاً أو نحو ذلك ، وييمان ذلك ، فما قسم الله تعالى فهو تضماً . وسميت بذلك لأنها على الجواز فجوزها الإمام أبو حنيفة بشرط ذكر الوقت أو المال أو صف من الثياب ، واشترط الإمام مالك والشافعي لجوازه استيفاء شرائط الوكالة ، وأجازها الحنابلة مطلقاً كشركة العنان ومعهم محمد بن الحسن ، وابن المنذر ، والثروري . راجع : البدائع (٢٥٧/٦) ، المدونة (٤٠/٥) ، المهذب (٤٥٦/١) ، المعني (١٥/٥) .

(١٥) في (ن) : [جمع] ، في (م) ، (ع) : [اجتمع] .

(١٦) للراد بما أجمع عليه المضاربة ، وما اختلف فيه الشركة . لأنه يتيقن مما سبق أنهم اختلفوا في حكم شركة الرجوه حيث تبطل عند الأصناف والمالكية والشافعية إن خلت عن الشروط التي ذكروها ، بينما لا تبطل عند الحنابلة ومن وافقهم .

١٧٣٤٩ - ثم كيف تكون المساقاة أصل المضاربة والتوقيت شرط في المساقاة ، وعند مخالفنا التوقيت يعطل المضاربة ^(١) ، وعندنا : إن جاز فيها فليس من شرائطها ^(٢) ، ورأس المال في أحدهما ^(٣) يجوز إخراجه من الملك والنخل ^(٤) في المساقاة لا ^(٥) يجوز إخراجه من الملك ، والمضاربة لا تجوز بالعروض ، والمساقاة لا تقع إلا على العروض ^(٦) ، والمضاربة شرط للمضارب بعض الفاضل عن رأس المال ، فلو شرط أن الربح ورأس المال بينهما كان باطلاً ، والمساقاة ^(٧) إذا كان [منها] ^(٨) مزارعة فمن شرطها قسمة الحارث .

١٧٣٥٠ - فإن شرط المقاسمة فيما زاد على البدل كان باطلاً ، وكيف يكون أحد العقدين ^(٩) مثل الآخر ، وعندهم المساقاة من انعقود اللازمة والإجارة والمضاربة من انعقود الجائزة . ^(١٠) ، ولو أخذتم أحد العقدين من الآخر لاستويا ^(١١) في الزوم ، أو في الجوار ^(١٢) .

١٧٣٥١ - ثم قال الشافعي : في الجديد لا تجوز المساقاة على غير النخل والكرم ^(١٣) .

١٧٣٥٢ - فإن كان لأن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على ذلك ؛ فقد أجمع أهل النقل على أنه لم يكن بخيبر كروم ، وإن جوزوا ^(١٤) الكرم قياساً على النخل فكان يجب أن يجوزوا جميع الشجر قياساً على النخل ^(١٥) ثم منع المزارعة في الأرض ، إذا

(١) سبقت هذه المسألة في المضاربة .

(٢) أي التوقيت ، وهذا المذهب وهو مخالف ما سبق عند المصنف ؛ حيث افترض اعتراضاً بشعر بأن الاختلاف يشترطون تأتيت المساقاة حيث قال : « فإن قيل : إذا أجمعا على أن المساقاة لا تجوز إلا بعة معلومة .. » وقد سبق الإشارة إليه . راجع البدائع (١٨٦/٦) ، وحاشية ابن عابدين (٢٨٦/٦) .

(٣) وهي المضاربة .

(٤) معنى ذلك : أن المضارب قد يخسر ، فيخرج رأس المال عن ملك صاحبه ، خلافاً للنخل .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا] . (٦) لأن للمساقاة معاملة على الشجر .

(٧) لأن رأس المال خالص لربه ، والعامل إنما يستحق من الربح لا من رأس المال .

(٨) ساقطة من (ن) . (٩) في (م) ، (ع) : [العوضين] .

(١٠) راجع : المذهب (٥٠٩/١ ، ٥١٤ ، ٥٢٤) ، مفتي المحتاج (٣١٩/٢ ، ٣٢٩ ، ٣٥٥) .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يستويا] وهو خطأ .

(١٢) المراد بالبعد اللازم : هو البعد الذي ليس لأحد الماقلين أن يفسحه العقد من غير إذن الآخر ، والجار يكون لأي منهما الفسخ فيه من غير إذن صاحبه .

(١٣) راجع : الأم (٣٣٨/٣) ، مختصر المزي (٧٠/٣) .

(١٤) في (ن) : [جوز] .

(١٥) إنما فرق الشافعي بينهما وبين سائر الشجر بقوله : لأن رسول الله ﷺ أخذ فيهما بالحرص ، وسأل على =

لم تكن بين النخل ^(١) فإن كان المرجع إلى معاملة خبير ^(٢) فقد عاملهم رسول الله ﷺ على ما فيها من نخل وزرع ، ونحن نعلم أن خبير كسائر البلاد .

١٧٣٥٣ - ولا تخلو من أرض بيضاء [أو من أرض] ^(٣) فيها نخل يمكن أن ينفرد بسقي النخل عن سقي الأرض ، وقد جوز النبي ﷺ المعاملة في جميع ذلك ، ولم يستثن شيئاً منه .

١٧٣٥٤ - فكان يجب أن تكون الزراعة في الجميع كما قال أبو يوسف ومحمد ^(٤) ربحهما الله أو يطلها في الجميع كما قال أبو حنيفة .

١٧٣٥٥ - قلنا : يطل بنصيب العامل في المساقاة ، أن المعاوضة تناولت الثمرة وهي معلومة وليست مملوكة .

١٧٣٥٦ - قالوا : ليست معلومة [^(٥)] .

١٧٣٥٧ - قلنا : وكذلك مقدار خدمة العبد (في الشهر غير معلومة) ^(٦) [القدر] ^(٧)

والمنى في المبيع أنه ^(٨) موجود بمعاوض ^(٩) عنه ، فكان مملوكاً ، والمشفعة معدومة ، ^(١٠) [في الشهر] ^(١١) فلم تملك وإن تناولها العقد كسهم العامل من النخل ^(١٢) .

= النخل وثمنها مجتمع لا حائل دونه ، وليس هكذا شيء من الثمر ، لأن دونه حائل وهو منفرد غير مجتمع راجع الأم (٣٣٨/٣) ، مختصر المزني (٧٠/٣) ، ثم زاد أصحاب الشافعي استدلالاً وتقريباً بين الكرم والنخل وغيرهما . أن النخل والعنب يخالفان سائر الشجر في أربعة أمور : الزكاة والحرص وبيع العرايا والمساقاة . الجرمي على الخطيب (١٦٦/٣) .

(١) راجع الأم والمختصر في الموضعين السابقين . والمهذب (٥١٦/١) ومعني اشتقاق (٣٢٤/٢) ، وبهاية لحنج (٢٤٨/٥) .

(٢) بل رجع أصحاب الشافعي ذلك إلى أن أنبياص القليل بين الشجر لا يمكن أن ينفرد بالمعاملة عليه فجوز للضرورة تبعاً لمقد المساقاة خلافاً للبياض الكثير ، فلا حاجة إلى تعدية الحكم إليه ، لأنه يمكن أن يزرع منفرداً . راجع (٥١٦/١) ، فتح العزيز (١٠٩/١٢) .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) . (٤) من المعلوم أن القديم للشافعي يوافق قولهما . (٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) . قولهم : إن الثمرة ليست معلومة لأنها لم تحلق بعد وإنما المعلوم هو الجزء المشروط ، أي القدر ، كالثالث ونحوه ، وليست الثمرة بدليل أنها قد لا تخرج . راجع المهذب (٥١٣/٥) .

(٦) ما بين القوسين مكرر في (ن) . (٧) (٧ ، ٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (١٠) : [مملوكة] . (٩) في (ن) : [يعارض] .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) يجب العامل في المساقاة وإن كان محدداً بالجزء إلا أنه لا يملك إلا بتحقيق الوحد لأنه قد لا يحمل النخل ، فلا يستحق العامل .

١٧٣٥٨ - قالوا : الملك ليس بإشارة إلى العين^(١) وإنما هو^(٢) عبارة عن حكم ، لأن الملك هو التصرف في العين^(٣) . بدلالة أن المولى يملك التصرف^(٤) في العين والتصرف في المنافع فدل أنها ملكه^(٥) .

• • •

(١) في (ص) ، (ن) : [عين] .

(٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [هي] .

(٣) قال ابن قدامة : الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجراها عيار المستأجر مالكا للتصرف فيها كما يمكن المؤجر . المغني (٥ / ٤٤٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتصرف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ملكه] وهو خطأ .

مُؤَسَّسَةٌ
الْقَوْلُ عَدِلَ الْفَقْهِيَّةُ الْمَقَارِنَةُ
الْمُسَمَّاةُ
الْبَحْرُ الْبَحْرِيَّةُ

كتاب الإجارة



فسخ عقد الإجارة بالمعذر

١٧٣٥٩ - قال أصحابنا : الإجارة تنفسخ بالمعذر ^(١) ، ويستوي في الفسخ عذر المؤجر وعذر المستأجر وإن اختلفا في كيفية الإعذار ^(٢) .

(١) الإجارة لغة : اسم للأجرة تم اشتهرت في العقد على وجه الجار المرسل وعلاقته الجارية ، تقول : أجره الله أجزاً وأجره بالمد إذا أتاه ، وأجرت الدار والمعد باللمعات الثلاث . قال الرمخشري : وأجرت الدار على أنه قلت مأناً مؤجر ولا يقال : مؤجرة فهو خطأ ، ويقال : أجرته مؤاجرة مثل عامته وعاقبته معاقدة . راجع للمصاحح المير (٦ ، ٥) ، محتار المصاحح (١٧) ، القاموس المحيط باب الرأء فصل الهزرة (٣٧٩/١) .

وفي الشرع : عرفها الأحناف بأنها : عقد على المنافع بموَض . أو تحملك مفعلة بموَض ، أو عقد على منفعة معلومة لا لاحتياجه البضع بموَض معلوم . راجع : للباب [٨٨ / ٢] ، تبين الحقائق [٣٢٤/٧] ، حاشية الششي على تبين الحقائق [٣٢٤/٧] حاشية ابن عابدين [٣/٦] . ومن الشافعية عرفها الرملي بمثل تعريف الأصناف ، فقال : هي تحملك منفعة بموَض بالشروط الآتية : منها علم عرضها ، وقبولها للبلد والإباحة ، فخرح بالأخير نحو منفعة البضع على أن الزوج لم يملكها وإنما ملك أن ينتفع بها ، وبالمعلم : لتساقطة الجملة ، لأنهما على عمل مجهول ، فلا يشترط في الأول علم الموَض وإن أسكن أن يكون معلوماً كان سقاه على ثمرة موجودة وقد تقع الثانية على عمل معلوم . راجع نهاية المحتاج (٢٦١/٥) . المالكية عرفها الدسوقي بقوله : تحملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بموَض . راجع حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير [٢/٤] ط عيسى الحلبي . رابحاً : المتابلة : عرفها الرمادي بقوله : بلذ عوض معلوم في منفعة معلومة مباحة مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في النعمة أو في عمل معلوم . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٣/٦) ط السنة المحمدي . والإجارة حائزة لإجماع العلماء ، والأدلة على مشروعيتها قبل الإجماع الكتاب والسنة ، فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرَسَتْ لَكُمُ تَمْلُؤُكُمْ أَجُورَكُمْ ﴾ [الطلاق : ٦] . ومن السنة : ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « قال الله ^{ﻋﻠﻴﻬﻲ} ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع ناعاً فاشترى منكراً ، ورجل ابتاع ناعاً فاشترى مؤثراً » ولم يؤثروا بأجره . رواه البخاري وأحمد وأبو نعيم . وقد أجمع على جوازها أهل العلم ولم ينكر ذلك أحد في العصور كلها إلا ما حكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه غرر لأنه عقد على منافع لم تخلق .

(٢) اتفق الفقهاء على الفسخ الإجارة بالعيب المثل بالانتفاع على الوجه الذي أوجهه العقد ، لا خلاف بينهم في ذلك وإنما الخلاف في حدوث عذر لا يتعلق بالعين التي تستوفي منافعتها بحكم العقد ، وإنما هو عذر من قبل أحد العاقدين هل يكون مسوغاً لفسخ الإجارة كالعيب أو لا ؟ هذا هو محل النزاع كما سيأتي .

(٣) المراد بالمعذر الذي يسوغ مسح الإجارة : هو عذر العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر راتد لم يستحق بالمعذر ، وبعدم اتفاق للمذهب الحنفي على أن المعذر يسوغ مسح عقد الإجارة احتلت كلمة علماء هذا =

١٧٣٦٠ - وقال الشافعي : لا يفسخ ^(١) إلا بعيب ^(٢) .

١٧٣٦١ - لما : حديث أبي سعيد رضي الله عنه قال : لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ ، مَن ضَارَّ ضَارَّةً ^(١) اللَّهُ ، وَمَن ضَارَّ شَيْئًا ^(٢) اللَّهُ عَلَيْهِ ، وَلَوْ بَثْقَاتِ الإِجَارَةِ مَعَ

= المذهب في الفسخ ، هل يحتاج إلى حكم قاض ، أو أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه بحدوث العذر ؟ فالمراد من محمد : أن العذر يجعل الإجارة منسوخة من غير حاجة إلى حكم قاض ، وروي عن البعض اشتراط حكم القاضي لفسخها ؛ لأنها راجعة إلى الاحتجاج بالرجوع في الهبة ، وفصل البعض الآخر فقال : تنفسخ بالعذر الظاهر من غير حكم ، وفي غير الظاهر يشترط فيه الحكم من القاضي ، وقد أفاضت كتب المذهب في بيان الأعداء التي تجوز فسخ عقد الإجارة . البدائع (١٩٦/٤) ، وما بعدها ، تبين الحقائق (١٤٦/٥ ، ١٤٦) ، حاشية ابن عابدين (٨١/٦) ، ورأس المسألة في مختصر القدوري واللباب (١٠٥/٢) .

(١) وافق الإمام الشافعي للملكية والحابلة كما جاء في : للمذهب (٣٠/١) ، مغني المحتاج (٣٥٥/٢) ، الجرمي على الخطيب (١٧٩/٣) ، نهاية المحتاج (٣١٦/٥) ، بداية المجتهد (١٧٣/٢) ، المغني (٤٨/٥) ، الروض المربع (٢١٧) .

(٢) العيب - ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت في الأجرة لا في القيمة ؛ لأن مورد العقد المنفعة . راجع أسنى المطالب (٤٢٣/٢) ط دار الكتب . وقد جاء في نهاية المحتاج ما يبين الفرق بين العيب والعذر حيث قال : « لا تنفسخ بعذر في غير المعقود عليه لمؤجر أو مستأجر ، فالأول : كمريض مؤجر دابة عجز عن خروجها معها ؛ إذ هو من أعمال الإجارة حيث كانت الدابة غير معينة . والثاني : « كسكنر وقود حمام على مستأجر والوقود يفتح الواو . ما يوقد به من حطب غيره ، ويضمه : مصدر وقدت النار (وسيز) يفتح الفاء عرض للمستأجر دار يسكنها ، كما وقع للمسكني في أنه لا بد للمسافر من رفقة وهم المسافرين إذا تعلق لم يستطع خروجهم وكروض مرض مستأجر دابة لسفر عليها ، والمغنى في الجميع : أنه لا خلل في المعقود عليه والاستئابة في كل منهما ممكنة ، وسحل عدم الانتفاع في غير العذر الشرعي أما هو كمن استأجر شخصاً قلعه من مؤلة فرال الألم ؛ فإن الإجارة تنفسخ لتعلق قلعهما حيث بالشرع . مغني المحتاج (٣٥٥/٢) ويفهم من النص السابق أن مسوغات الفسخ عند الشافعية هي :

أ - العيب : وهو الخلل الحادث في المعقود عليه نفسه كموت الدابة أو انهزام الدار للمؤجرة .

ب - اسنود الشرعي : كما هو الحال في السن المؤلة إذا سكن الوجود حرم القلع شرعاً .

(٣) أبو سعيد الخدري : سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة . استنصر بأحد واستشهد أبوه فيها وعرا هو ما بعدها ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم ، وعنه : ابن عباس وابن عمر وجابر وغيرهم ، له ١١٧٠ حديثاً اتفق منها على ٤٦ توفي سنة ٧٤ هـ ودفن بالبقيع . راجع الإصابة (٨٠/٣) ، أسد الغابة (٣٦٥/٢) ، الاستيعاب (٦٩٠/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ضره] وكلاهما رواية للحدث .

(٥) في (م) ، (ع) : [شن] وكلاهما رواية أيضاً .

(٦) هذا الحديث تلقاه الفقهاء بمثابة قاعدة شرعية فروعاً عليها ما لا يحصى من الفروع الفقهية ، وقد أصرح المذهب من حديث أبي سعيد البهقي : في سبه وقال : تفرد به محمد عن الناوردي ، راجع السنن الكبرى (١٦٦/١) .

الغلس^(١) ومع لزوم الدين للمؤجر كان إضرارًا به ، وهذا لا يصح ، ولأن كل عقد تناول^(٢) المفعة حاز فسخه لعذر غير العيب كالعارية^(٣) . وكمن قال : إن جِطَّته اليوم فلك درهم^(٤) .

١٧٣٦٢ فإن قيل : المعنى فيه أنه غير لازم ، لم نسلم ذلك في مسألة الخياطة ، ثم الإجارة عندنا عقد لازم ما لم تحدث الأعذار ، فلا نسلم لزومها مع ذلك .

١٧٣٦٣ - ولأنه أحد متعاقدي الإجارة ؛ فجاز أن يثبت الخيار في فسخها بسبب فاسد : أصله : المستأجر إذا أفلس بالأجرة عندهم^(٥) .

١٧٣٦٤ - وعلى أصلنا : إذا أفلس فلم يتمكن من الانتفاع بالمكان ، ولأنه لا يمكنه استيفاء المعقود^(٦) عليه إلا بضرر لم يلتزم^(٧) بالعقد فلا يلزمه الوفاء به .

والدارقطني (٧٧/٣) رقم (٢٨٨) ، (٢٢٨/٤) مختصراً . والمحدث طرق أخرى فقد أخرجه مالك في الموطأ عن عمر بن عيسى عن أبيه رسلاً الموطأ (٤٧٥/٢) ، وابن ماجه من حديث ابن عباس ، وعادة بن الصامت ، وقال : عن حديث عبادة . رجاله ثقات إلا أنه متقطع لأن ابن عدى لم يترك عبادة . راجع سنن ابن ماجه ، باب من سى في حقه ما يضر بحاره (٧٨٤/٢) رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ . وانظر الفروع المخرجة عن الحديث في الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ، السيوطي ص ١١٤ .

(١) في (م) ، (ع) : [العكس] والغلس بالتحريك عدم البيل . من أفلس إذا لم يبق له مال كأنما صارت دارهه فوشاً أو صار بحيث يقال ليس معه فلس . القاموس باب السين فصل الماء (٢٤٦/٢) .

(٢) في (ن) : [يتناول] .

(٣) إجارة الشيء وإعارة منه وعارده إياه وتور واستعار : طلبها ، واستعاره منه : طلب إعارته . القاموس المحيط باب الرأ فصل العين (١٠١/٢) . واختلف الفقهاء في تبرئها شرعاً بحسب اختلاف آثارها ، فرفضها القدوري وغيره من الأحناف بأنها تمليك المافع بغير عوض ، ورفضها الشربيني من الشافعية بأنها إياحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه . راجع الكتاب ، والباب (٢٠١/٢) ، معنى المحتاج (٢٦٣/٢) .

(٤) قال في الباب تعليقا على هذه المسألة : « وإن قال : إن عطته اليوم فيدرهم وإن عطته غداً فصف درهم ، فإن عطته اليوم فله درهم ، وإن عطته غداً أو بعدله فله أجر مثله عند أبي حنيفة ؛ لأن ذكر اليوم لتسهيل ، بخلاف التذ ؛ فإنه للتعلق حقيقة وإذا كان كذلك يجتمع في العد تسبعتان الوقت والمسل دون اليوم ، فيصح الأول ويجب المسعى في اليوم ، ويفسد الثاني ويجب أجر الليل . راجع الباب (٩٨ / ٢) .

(٥) قال في معنى المحتاج : « وإعلاس المستأجر مثل تسليم الأجرة ومضي المدة ؛ فإنه يوجب للمؤجر الفسخ » . وفي الباب : وتفسخ الإجارة بالأعذار الموجبة ضرراً لم يستحق بالمقد ، « كن استأجر دكاناً ثم أفلس ولمره ديون » الباب [١٠٥/٢] .

(٦) المراد بالمعقود عليه [المنفعة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يلزم] .

- ١٧٣٦٥ - أصله : إذا استأجر لقلع ضربه فسكن الوجع ^(١) .
- ١٧٣٦٦ - ولا يقال : إذا سكن انفسخ العقد ؛ لأنه تعذر استيفاء العمل بالشرع ، فهو كما لو تعذر الاستيفاء بالهلاك لأننا ^(٢) عللنا لإسقاط لزوم الوفاء به وهذا مسلم .
- ١٧٣٦٧ - ولأنه لا يمكنه استيفاء المقبوض عليه علي ما أوجبه العقد ، فكان له فسختها ^(٣) كما لو أبى العبد المستأجر .
- ١٧٣٦٨ - فإن قيل هناك ^(٤) تعذر الاستيفاء .
- ١٧٣٦٩ - قلنا : إذا أمكن رده بجعل بدل لمن يرده لم يتعذر الاستيفاء [^(٥) لكن يلحق فيه ضرر مثل مسائلنا .
- ١٧٣٧٠ - فإن أزم ^(٦) على هذا إذا مرض مستأجر الدكان .
- ١٧٣٧١ - قلنا : إن كان مما لا يمكنه معه الانتفاع بالدكان ثبت الفسخ ، فإن أزم الجمال إذا أجز ^(٧) إبله [وبنا له] ^(٨) مانع من الخروج .
- ١٧٣٧٢ - قلنا : خروجه مع الجمال غير مستحق ^(٩) .
- ١٧٣٧٣ - ولا يلزم إذا استأجر نعلاً ليلبسها في يوم بعينه فجاء المطر الشديد . لأن عندنا لكل واحد من صاحب النعل والمستأجر الفسخ ؛ لأن صاحب النعل يستضر ^(١٠) والمستأجر لا يتمكن من استيفاء المنفعة .
- ١٧٣٧٤ - ولأن البقاء على الإجارة في المدة موجب بها ^(١١) . كما أن ارتفاع العقد

(١) في (م) ، (ع) : [الموضع] وهذه الصورة يسخن المقعد معها باتفاق . مغني المحتاج (٣٥٥/٢)

(٢) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فسختها] .

(٤) أي في حالة حرب العبد .

(٥) ما بين المكوفين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [للزوم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أجزه] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) : والمراد رأي صاحب الإبل عدم خروجه مع إبله .

(٩) جاء في البسوط : وإن عرض لصاحب الدابة مرض لا يستطيع الشخص مع دابته لم يكن له أن ينفس الإجارة ؛ لأنه بامتناعه من الخروج لا يتعذر تسليم المقبوض عليه ، فيؤمر بتسليم الدابة ، وأنه يرسل معه رسولاً يجمع الدابة . وكذلك لو حبسه غريمه . وروى بشير عن أبي يوسف رحمهما الله . قال : إذا امتنع رب الدابة من الخروج فيكون هذا عذراً وإن مرض فهو عذر له ؛ لأنه يقول غيري لا يشفق على دابتي ، ولا يقوم بتعادها كقبامي . راجع البسوط (٤/١٦) .

(١٠) فرصة المسألة أن يستضر صاحب العمل إذا حرج المستأجر بالعمل في المطر ؛ لأد العمل ينصف

(١١) أي استيفاء المنفعة .

ولإزالة اليد بعد المدة موجب بها . ثم جاز أن تبقى العين في يد المستأجر للمعذر إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع ، كذلك يجوز أن يرتفع العقد في المدة [لوجود المعذر ^(١)] ^(٢) .

١٧٣٧٥ - ولأنه أحد موجبي الإجارة ، فجاز مخالفته بمعذر غير العيب ، أصله : رفع اليد بعد المدة ، ولأنه لا يتمكن من قضاء ديونه إلا من بيع المستأجر فكان له فسخ الإجارة . [أصله : إذا أخذها بعد حجر الحاكم في الدين ، ولأنه عقد يقصد به المنفعة ؛ فجاز رفعه من غير عيب] ^(٣) ، أصله : النكاح والمضاربة .

١٧٣٧٦ - قالوا : الطلاق ليس يفسخ وإنما هو إزالة ملكه عن البضغ ، كما يزول ملكه [عن العبد بالعتق] .

١٧٣٧٧ - قلنا : الطلاق رفع العقد بدلالة أنه يرجع بنصف المهر قبل الدخول . ولو كان أتلف ملكه [^(٤)] كما يتلفه بالعتق لم يحز أن يرجع بالعوض .

١٧٣٧٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَتَّخِذُهَا ذَلِيلًا ۖ آمَنَوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٥) .

١٧٣٧٩ - قلنا : المراد به الوفاء بأحكامها ، وعندنا حكم هذا العقد مع وجود المعذر الفسخ ، وعندهم ببقاء العقد ففساؤنا .

١٧٣٨٠ - قالوا : ضرر لا يملك المكري به الفسخ فوجب أن لا يملك المكري ^(٦) بمثله الفسخ كالعين ^(٧) .

(١) ما بين المكوفين ساقط من (ن) .

(٢) قصد المصنف بذلك : أن المعذر يؤثر في ارتفاع العقد أثناء المدة كما جاز أن يؤثر فيه بعد انقضاء المدة فيبقى العقد إذا كان في الأرض زرع فيستمر انتفاعه بالأرض مع أن عقد الإجارة قد انتهى بانتهاه وقتها . جاء في الاحتياط : « إذا استأجر أرضاً للبناء والغرس فانقضت المدة يجب عليه تسليمها فارغة كما قبضها ليتمكن من الانتفاع بها فيقلع البناء والغرس ، لأنه لا نهاية لها والرطبة كالشجر لطول بقاءه في الأرض ، أما الزرع : فله نهاية معلومة فيترك بأجر لئلا يضره إلى نهايته رعاية للجائنين . الاختيار (٦٨/٢) . وقد أجاب الشيرازي عن قول المصنف السابق بقوله : « قلنا يحق أن يستحق ما لم يعقد عليه ثبناً للمعقود عليه للمعذر ولا يفسخ فيما عقد ، كالمشغري يستحق ما لم يعقد عليه وهو نصيب الشريك بالشفعة ، ثم لا يفسخ البيع في بعض ما عقد عليه للحاجة .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (م) ، (ع) . (٤) ما بين المكوفين ساقط من (ن) .

(٥) من صدر سورة المائدة . قال الماوردي بعد الاستدلال بهذه الآية : (فكان عموم هذا الأمر يوجب الرواء بكل عقد ما لم يتم دليل يخصه) . انظر الحارثي ص ١٥٥ .

(٦) في (م) ، (ع) : المكري والمراد به المستأجر .

(٧) كذا بالسبع ولعل صوابها [العيب] .

١٧٣٨١ - قلنا : عندنا أن هذا العقد يفسخ من كل واحد من [جهته] ^(١) بالغير وقد تساويا من هذا الوجه ، وإن كان الشيء يكون عنرا في حق أحدهما ولا يكبر عنرا في جنب ^(٢) الآخر ألا ترى أن المبيع يرد بالإباق والرق والزنى ويرد الثمن بالمبيع وإن ^(٣) لم يتصور فيه هذه العيوب ؟ .

١٧٣٨٢ - وقد ^(٤) قال مخالفا : إن النكاح يفسخ بالقرن ^(٥) والرتق ^(٦) ولا يتصور ذلك في الفروج ، وإن كان يفسخ العقد بعينه وجنسه كذلك في مسائلنا . وأصلهم (العين) ^(٧) .

١٧٣٨٣ - والمعنى فيه : أنه حصل بتفريط العاقد ؛ لأنه كان يمكنه أن يثبت في العقد ولا ^(٨) يعقد على وجه فيه عيب ^(٩) وليس كذلك الأعذار ؛ لأنها توجد ، ولا

(١) في النسخ : من جنسه بدل ما أثبتناه . (٢) في (ص) ، (د) : [جنب] .

(٣) في (د) : [إن] . (٤) ساقطة من (ص) ، (د) .

(٥) التزنا من النساء : التي في فرجها مانع يمنع ولوج الذكر فيه إما غلة غليظة أو لحمه أو عظم ، يقال فلكت كله القرن . رابع اللسان (٣٦١/٤) (قرن) وبعض الفقهاء يجعلون كلاً من القرن والرتق نكاحاً واحد وهو انسداد الفرج ويفرقون بينهما بجعل الرتق للانسداد باللحم وانقرن بالعظم . قال البحرى : الرتق انسداد الفرج باللحم ، ويخرج البول من ثمة صغيرة كإحليل الرجل ، القرن : انسداد الفرج بعظم على الأصح ، وتقبل : بلحم ، وعليه فالرتق والقرن واحد ، البحرى على الخطيب (٣٦٣/٣ ، ٣٦٤) . والصحيح أن القرن يخالف الرتق لامتناع الترادف .

(٦) الرتق بالتحريك مصدر قولك وثقت المرأة وثقا وهي وثقاء : بينة الرتق ، التصق خناها فلا يستطاع جماعها . والرتقاء : المرأة المتضمة الفرج التي لا يكاد الذكر يجوز فرجها لشدة انضمامه ، وفرح رُتق ملوق ، وقد يكون الرتق في الإبل . اللسان : رتق (١٥٧٨/٢) . والرتق والقرن عيبان في المرأة وهما من العيوب التي اغفلت كلمة الفقهاء حول ثبوت الحيار في فسح الكاح بعيب منها ، فبعض الأحناف عدم ثبوت الحيار للزواج مطلقاً بوجود هذه العيوب في المرأة ، وكذلك لا يثبت للمرأة الحيار في فسح الكاح عدهم ؛ لأن كان الزوج عيب ماعدا الحب والعتة ؛ فإنه يجوز لها بهذين العيبين التحاين للوطء الحيار ، وذلك لدفع ضرر فوات حق المرأة للمستحق بالمقد ، وهو الموطء ، بحلاف العيوب التي من جانب المرأة فإن الزوج وإن كان يتضرر بها يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ؛ لأن انطلاق يده ، فلا حاجة لثبوت الحيار له في طمس حلاقاً للمرأة ؛ لأنها لا تملك الطلاق ، فوجب إثبات حق الفسخ لها دفقا للضرر . وذهب الشافعية إلى إطلاق ثبوت الحيار للزوجين بوجود عيب من هذه العيوب في الجانب الآخر ، وقد اختلف المذهبان في ثبوت الصع ووقته وآثاره للفرقة عليه من فرقة ومهر ، وكذلك إذا كانت العيوب من كليهما . رابع في ذلك انصوب (٩٥/٥) ، البدائع (٣٢٢/٢) ، البحرى على الخطيب (٣٦٣/٣) .

(٧) كتب بالنسخ ولعها [العيب] . (٨) في (م) ، (ع) : [علا] .

(٩) في (د) : [عين] .

تفريط من العاقد فيها ؛ فلذلك ^(١) جاز أن يثبت الخيار ^(٢) .

١٧٣٨٤ - قالوا : عذر لا يتضمن نقصاً في المقود عليه ، فوجب أن لا يملك به الفسخ كالمكري إذا أجر داره ليتنقل ^(٣) من البلد ، ثم بدا له ^(٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [فسخك] .

(٢) قصد المصنف بذلك : أن الشافعية وقد أجازوا فسخ الإجارة بالعيب ، وهو الحلل بالمقود عليه ، وهو يمكن التصحر عنه بالأحياط والثرى من العاقد والتحرى من جهته ، فكان أولى أن يجوزوا الفسخ بالأعذار ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنها ، فهي أولى بالجواز . (٣) في (م) ، (ع) : [ليقبل] .

(٤) راجع أدلة الشافعية في المسألة في المذهب (٥٣٦/١) ، معي المحتاج (٣٥٥/٣) ، الحاروي (١٥٤) والنظر إلى أدلة الشافعية في هذه المسألة كمثل هذا الدليل وسابقه والذي يليه يشتر بأن رأي الأحناف في هذه المسألة يفرق بين المكري (المؤجر) والمكثري (المستأجر) في الفسخ بالعذر ؛ حيث أجازوا الفسخ من قبل المكثري دون المكري ، وليس هذا ما فهمه الشافعية فقط ؛ بل والحال أيضاً وما يؤكد ذلك ما قاله الموردي . وقال عن أبي حنيفة أنه : يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ، ويجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار . الحاروي (١٥٣) . وفي المعنى قال ابن قدامة بعد أن نص على منع الجمهور للفسخ بالعذر من قبل المكري أو المكثري : وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للمكثري فسخه لعذر في نفسه ، مثل أن يكره جملته ليحج عليه فيفرض فلا يتمكن من الخروج . أو يكره دكاناً فيحترق متاعه ، وما أشبهه هذا ؛ لأن العذر يتمثل معه استيقاظ النعمة المقود عليها ، فيملك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فأقرب .. ثم يستدل للجمهور قائلين ولأنه لو جاز لفسخ لعذر المكثري لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودقاً للضرر . المعنى (٤٨٨/٥) . وكلامه يشتر كما يشتر كلام الشافعية بالتفرق بينهما من قبل الأحناف . وليس كذلك ؛ فإن كلام المصنف في صدر المسألة : ويستوي في ذلك عذر المؤجر والمستأجر ، ثم قوله بعد ذلك في معرض الرد على الشافعية عندنا يفسخ من كل واحد بالعذر من جهته ينفي هذا الفرق وليس هذا كلام القدروري فقط ؛ بل هو رأي المذهب في كتبهم الأصلية . ففي البدائع بعد أن ذكر رأي المذهب وشرع في بيان الأعذار قال : « وإذا ثبت أن الإجارة تنسخ بالأعذار فلا بد من بيان الأعذار التي تقتضي الفسخ على التفصيل فتقول وبالله التوفيق : إن العذر قد يكون من جانب المستأجر ، وقد يكون من جانب المؤجر ثم ضرب أمثلة لكل منهما . البدائع (١٩٧/٤) . وفي الباب : ونسخ الإجارة بالأعذار الواجبة صرفاً لم يستحق بالعقد ، وذلك كمن استأجر دكاناً في السوق لينجز فيه ، فذهب ماله . وكمن أجر داراً أو دكاناً ثم أجلس للعقد ، وزوجه ديون بيمان أو برهان . الباب (١٥٥/٢) . وقد اتضح من خلال هذين المصنفين بالإضافة إلى ما ذكره المصنف أنه لا فرق بين المؤجر والمستأجر عند الأحناف ، وأن لكل واحد منهما الحق في فسخ العقد من جهته إذا وجد العذر ، ومن ثم فلا يصح أن يجعل الشافعية أحد العاقدتين أصلاً يقيسون عليه الآخر ، ويبدو أن الشافعية والحال إنما فهموا رأي الأحناف على هذا الوجه من خلال صورة لم يجعلها الأحناف من الأعذار السوغة للفسخ ، فلم يجعلوا للمؤجر الحق في فسخ العقد فيها بالعذر ؛ فقد جاء في المبسوط . « وإن أهدم فزل المؤجر ولم يكن له منزل آخر فأراد أن يسكنه لم يكن له أن ينقض الإجارة ؛ لأنه لا صر عليه فرق ما التزمه بالعقد فإنه يتمكن من أن يكره منزلاً آخر . المبسوط (٢/١٦) ، ولا يحمى الفرق في هذه الصورة =

١٧٣٨٥ - قلنا : يبطل بمن ^(١) استأجر ظهراً ^(٢) فلم يأخذ الصبي من لبنها ، ومن استأجر عبداً فأبى ، فعيب الإباقي لا يؤثر في منافعه ؛ بدلالة : أن من استأجر عن للخدمة فوجد أبقاً لم يكن له خيار .

١٧٣٨٦ - فأما الأصل الذي ذكره ^(٣) فليس بمنصوص عليه . ويجوز أن يقال : إن الدار إذا كانت لسكانه فهذا له ترك السفر فذلك ^(٤) عذر في الفسخ .

١٧٣٨٧ - قالوا : عقد معاوضة محضة فإذا لزم من أحد الطرفين منع اللزوم منه . ولم يمنع من الآخر [كالبيع .

١٧٣٨٨ - قلنا : هو مع عدم الأعذار ملزم ، فإن وجد العذر من الطرفين ؛ لم يلزم ، وإن وجد من أحد الطرفين ؛ منع اللزوم منه ولم يمنع من الآخر] ^(٥) كالعيب الموجود من أحد الطرفين دون الآخر .

١٧٣٨٩ - ولأن البيع لا يستحق فيه العذر ما لم يعقد عليه [فلم ينقض العقد بالعذر فيما عقد عليه ، والإجارة يستحق فيها بالعذر ما لم يعقد عليه] ^(٦) إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد ، كذلك يجوز أن ينقض بالعذر فيما عقد عليه .

١٧٣٩٠ - قالوا : كل عقد يفسخ بالعذر يفسخ من غير عذر كالشركة والوكالة ^(٧) .

١٧٣٩١ - قلنا : العقود إذا تناولت المنافع ضعفت لزومها عن ^(٨) عقود الأعيان

= وما جملة الأحناف عذراً في فسخ الإجارة ، ولذا علل السرخسي لعدم جواز الفسخ من قبل المؤجر بأنه لا ضرر يهود عليه من بقاء الإجارة ، ثم هذا نوع عذر لم يجوز به الأحناف فسخ العقد ، وليس معنى هذا أنه لا يجوز للمؤجر الفسخ بكل عذر ، وقد سبق ما بغي ذلك .

(١) في (م) ، (ع) : [من] .

(٢) بقصد قولهم [كلكري إذا أجر داره] وقد سبق الرد عليه .

(٣) في (م) ، (ع) : [وذلك] .

(٤) ما بين المكوتين ساقط من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٥) ما بين المكوتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) معنى قول الشافعية هذا : أن الإجارة لو جاز فسخها بالعذر لحاز من غير عذر أبقاً ، وهذا لا يقول به أحد ؛ لأنهم يتفقون على عدم فسخها من غير عذر أو عيب وملازمة الشافعية الإجارة للشركة والوكالة معاً ، لأنهما أي الشركة والوكالة من العقود اجبارة لكل واحد من العاقدتين فسخهما ، سلباً للإجارة ؛ ولأنه عنه لازم ليس لأحد العاقدتين فسخها من غير مسوغ على الخلاف في كونه عذراً أو عيباً فافترقت الإجارة للشركة والوكالة من هذا الوجه .

(٨) في (م) ، (ع) : [من] .

بذالة النكاح ، وكذلك الإجارة تضعف في الزوم عن البيع ، فيجوز رفعها من غير عيب كما يجوز في النكاح .

١٧٣٩٢ - قالوا : عقد لازم فلا يفسخ لمعنى في غير المعقود عليه كالمبيع ^(١) .

١٧٣٩٣ - قلنا : يبطل إذا استأجر ظهراً فلم يأخذ الصبي من لبنها ^(٢) وإذا أسلمت المجوسية فسخ النكاح ^(٣) بينها وبين زوجها ^(٤) عندنا .

١٧٣٩٤ - وعندهم : يفسخ العقد بمضي الحيض ^(٥) ، ولم يحدث بإسلامها عيب بالمعقود عليه ^(٦) والمعنى في البيع ما قدمناه ^(٧) .

(١) انظر قول الشافعية هذا وسابقة في الكت للشرازي ورقة ١٦٧ .

(٢) في البدائع : وأما العذر في استجار الظئر فحوا أن لا يأخذ الصبي من لبنها ؛ لأنه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد . البدائع (٢٠٠/٤) وفي مني المحتاج . وإذا لم يقل الرضيع ثديها ففي امتساخ الإجارة وجهان . مني المحتاج (٣٤٥/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [البيع] وهو خطأ .

(٤) غير المسلم ؛ لأنه لا يحل لمسلم زواج المجوسية ابتداءً وتجدر الإشارة إلى أن الفرق بينهما ليست بنفس الإسلام عند الأخناف ، بل بعد أن يعرض من أسلم منهما للإسلام على الآخر . ففي البدائع : وإن كانا مشركين أو مجوسين فأسلم أحدهما ، أهما كان يعرض للإسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنس الإسلام عندنا ، فإن أسلم فهما على النكاح ، وإن أبي فرق القاضي بينهما . البدائع (٣٣٦/٢) .

(٥) أي مضي العدة ، وذلك إذا كان إسلامها بعد الدخول ، والحاصل : أن الشافعية يرون في حالة إسلام المرأة دون زوجها أن تقع الفرقة بينهما بنفس الإسلام ، غير أنه إن كان قبل الدخول ؛ فإن الفرقة تحدث في الحال . وإن كان بعد الدخول تحدث بعد انقضاء العدة خلافاً للأخناف ؛ فإن الفرقة لا تنوقف على مضي العدة . إلا أنه لا تقع الفرقة بنفس الإسلام كما سبق ، بل يعرض من أسلم منهما للإسلام على الآخر ، فإن أسلم ، وإلا فرق القاضي بينهما ، ولا اعتبار للحيض أو العدة . راجع للمهذب (٢٦٧/٢) ، البدائع (٢٣٦/٢)

(٦) لأن منافع البضع بحالها وإما العيب أمر خارجي ترتيب عليه امتناع أثر العقد لاختلاف الدين كما هو الحال في مسألة الظئر ؛ فإن المعقود عليه بحاله وامتناع الطفل أمر خارجي .

(٧) أي أن البيع لا يجب بالعدر فيه ما لم يعقد عليه خلافاً للإجارة .



وقت وجوب الأجرة^(١)

- ١٧٣٩٥ - قال أصحابنا : لا تجب الأجرة في الإجارة بنفس العقد ، وإنما تجب بإتمام المنفعة ، فإن كانت المنفعة مما ينفرد بعضها عن بعض بالمنافع ؛ وجب أجر كل جزء عند استيفائه كأجرة الدار^(٢) وإن كان لا ينفرد^(٣) لم تجب الأجرة بإتمام جميعها^(٤) كالقسط^(٥) والصباغ^(٦) وروي عن محمد أنها تجب بالعقد وجوباً مؤجلاً .
- ١٧٣٩٦ - [قال الشافعي رحمه الله : إذا أطلق العقد استحق الأجرة بالعقد]^(٧) .
- ١٧٣٩٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَتَأْتُوا بَأْسَكُمْ وَفِي ذَلِكَ بَلَاءٌ ﴾^(٨) .

- (١) الإجارة لا يخلو العقد فيها من إحدى حالتين : إما أن يشترط فيه تمجيل أو تأجيل أو تنعيم الأجرة ، وإما أن يطلق العقد فلا يتعرض للأجرة بدكو ، والحالة الأولى محل اتفاق بين العلماء على أن العقد يلزم للمأثمين بما نص فيه ، فتصل في سائر اشتراط التمجيل ، وكذا في حاله التأجيل أو التنعيم . أما الحالة الثانية وهي حالة الإطلاق : فهي محل الخلاف ، هل تجب الأجرة فيها بالعقد أو باستيعاده المنفعة ؟ راجع الاختيار (٧٢/٢) ، اللباب (٩٦/٢) ، معنى المحتاج (٣٠٩/٢) ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، والمنعي (٤٤٣/٥) .
- (٢) هذا هو رأى صاحبين ، وللإمام فيها قولان : أحدهما يوافق رأى الأصحاب ، والآخر وبه قال وافر . لا يستحق شيئاً حتى يفرغ من العمل ، ثم رجع الإمام عن هذا الرأي ، وقال : إنه يستحق شيئاً شيئاً . وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الكراء إلى مكنة لا يعطى شيئاً من كرائته حتى يرجع من مكنة ، وكذلك كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أو على حاجته أو سفينته ، ثم رجع عن ذلك فقال : كل ما سار مسيراً له من الأجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك . المبسوط (١٠٧/١٥ ، ١٠٨) ، والبدائع (٢٠٩/٤) .
- (٣) في (٥) : (وإن كانت لا تنفرد] وكلاهما صواب .
- (٤) راجع الاختيار (٧٢/٢ ، ٧٣) ، البدائع (٢٠٩/٤) ، البحر الرائق (٣٢٦/٧) ، ابن عابدن (١٠١/٦) ، وقد وافق المالكية الأحناف في هذه المسألة . راجع بداية المجتهد (١٧٢/٢) .
- (٥) في (ع) : كانهصاص وهو خطأ ، والتصار والتقصير : المجرور للباب ، لأنه يندفعها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب . اللسان : قصره (٣٤٦٩/٤) . وانظر : المبسوط (١١٢/١٥) ، تبين الحقائق (١٠٦/٥) .
- (٦) (الصباغ) : ما يصطبغ به من الإدام . وانظر مادة « صبغ » ، (٢٣٩٥/٤) .
- (٧) ما بين المكونتين ساقط من (ب) وقد وافق الشافعي الحنابلة . راجع الأم (١٥١/٣) . والتميز (٨١/٣) ، والمذهب (٥٢٣/١) ، وفتح العزيز (١٩٧/١٢) ، البحريني على الخطيب (١٧٦/٣) .
- ومضى المحتاج (٣٣٤/٢) ، نهاية المحتاج (٢٦٥/٥) ، والمنعي (٤٤٣/٥) .
- (٨) سورة الطلاق : الآية ٦ .

١٧٣٩٨ - ومن أصحابنا من يقول إن الحكم المعلق بالشرط يدل على نفى ما عده (١).
 ١٧٣٩٩ - وعلى قول الباقرين (٢) / الأمر يتناول الحالة المقصودة ، وهي ابتداء [الإيجاب] (٣) فلو تقدم الوجوب على الإرضاع لأمر بدفع الأجر حين وجب .
 ١٧٤٠٠ - فإن قيل : المراد بالآية أن يذكر الإرضاع كقوله تعالى : ﴿ سَقَى بَطْنُهَا الْحَجْرَةَ ﴾ (٤) أي يبدلها .

١٧٤٠١ - والدليل على ذلك : قوله (٥) تعالى في سياق الآية : ﴿ وَإِنْ تَنَاسَرْتُمْ فَسَرِّحْ لَهُ لَحْرَيْنِ ﴾ (٦) وهذا لا يكون بعد الرضاع .

١٧٤٠٢ - قلنا : قوله : ﴿ فَإِنْ أَرَبْتُمْ لَكُمْ ﴾ (٧) حقيقة (٨) تقتضي فعل الرضاع ، وحمله على البذل مجاز (٩) فلا يصار إليه إلا بدليل ، وإذا حملنا الآية على غير ظاهرها [جاز] (١٠) صرف هذه الآية عن ظاهرها بغير دليل .

١٧٤٠٣ - فأما قوله : ﴿ وَإِنْ تَنَاسَرْتُمْ فَسَرِّحْ لَهُ لَحْرَيْنِ ﴾ : فيتناول ما قبل الرضاع ، فكأن الله ذكر حال ما إذا فعلت ، ثم ذكر حالها لو لم تفعل ، وهذا كقوله : من دخل الدار فله درهم ، ومن لم يدخلها عاقبته .

١٧٤٠٤ - ويدل عليه (١١) قوله تعالى : ﴿ ثَلَاثَةٌ أَنَا وَخِصْمُكَ وَالْغَيَاةُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴾ (١٢) فخصمته خصمته : رجل اشتأجرت أجيروا فاستؤفني عقه ولم يؤفوه أجرة (١٣) .

(١) تعرف هذه المسألة بمفهوم المخالفة ، حيث عدها الشافعية وبعض الحنفية في الشرط حجة ، وقال جمهور الحنفية مفهوم المخالفة ليس بحجة ، وقول المصنف هنا ، ومن أصحابنا من يقول : إن الحكم المعلق بالشرط يدل على نفى ما عده ، منفي على القاعدة المشهورة . أن الشروط الملغوية أسباب شرعية ، أي أنه يلزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم . راجع تفسير التحرير لأبيرو بادشاه (١٠٠/١) ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) أي أنه لا يدل على نفى ما عده . (٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٢٩ . (٥) في (ن) : زيادة (أ) .

(٦) سورة الطلاق : الآية ٦ . (٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) الحقيقة : هي استعمال اللفظ فيما وضع له في اصطلاح المتكلمين .

(٩) المجاز : هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح المتكلمين لعلالة وقربة مأمنة من إرادة المعنى الأصلي .

(١٠) وجب بالنسخ ولعلها « جاز » أو « ولزم » أي لزم على القول بحمل الآية على ذكر البذل صرف الآية عن ظاهرها بغير دليل .

(١١) في (م) ، (ع) : [فإن] وهو خطأ . (١٢) أي على وجوب الأجرة بإتمام الحصة .

(١٣) أخرج البحاري في صحيحه عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « ثَلَاثَةٌ أَنَا وَخِصْمُكَ وَالْغَيَاةُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » : رجل أعطى بي ثمن غنم ، وزحل ناع عموا مأكلاً فتمت وزحل اشتأجرت أجيروا فاستؤفني بته =

١٧٤٠٥ - فدل على تأخير الأجرة بعد العمل ، ولو وجبت بالعقد لندم على تأخيرها عن تلك الحال ، ويدل عليه قوله **الظهير** : « **الخطأ الأجير أخرته قبل أن يجف غرقه** »^(١) ، وإنما يجف الغرق بعد مفارقة العمل ؛ فدل أن الأجرة تجب حينئذ .

١٧٤٠٦ - وقولهم : يحتمل أن تكون أجرة مؤجلة يحل أجلها قبل أن يجف الغرق^(٢) ، لا يصح ، لأن اللفظ يقتضي سائر الإحارات^(٣) ، ولأنه لم يحر^(٤) للتأجيل ذكر^(٥) .

١٧٤٠٧ - قالوا : ليس المراد من الخير بيان وقت الوجوب ، وإنما المقصود بيان دفع الأجرة من غير مطل^(٦) .

١٧٤٠٨ - قلنا : الأمر إنما يتناول أقل أحوال الوجوب ، لأنها المقصود ، وما بعدها حال أخرى ، وليس بعض الأحوال أولى من بعض ، فلا فائدة لتخصيص حال منها .

١٧٤٠٩ - ولأنه مال في مقابلة منفعة ، فلا يستحق بنفس العقد كالربح في المضاربة^(٧) .

١٧٤١٠ - ولا يلزم للمهر ؛ لأنه في مقابلة [استباحة]^(٨) المنفعة .

وَلَمْ يُقْطِعْ أَجْرُهُ . راجع صحيح البخاري ، باب ثم من منع أجر الأجير (١١٨/٣) ، وأحمد في مسنده (٣٥٨/٢) ، والبيهقي في مسنده (١٢١/٦) ، وابن ماجه (٨١٦/٢) ، باب أجر الأجراء رقم (٢٤٤٢) ، وانظر نصب الرابة (١٣٢/٤) .

(١) هذا الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أبي هريرة ، وللحديث طرق أخرى وحديثها لا يخلو من ضعف ، وقد نسب البعض إلى البخاري وهو خطأ ، وإنما ما في البخاري من حديث أبي هريرة السابق ثلاثة أنا خصمهم ... راجع جمع الجوامع للسيوطي ص ١٠٨٧ رقم ١١٦٤ ط دار الفكر وتلخيص الجبير (٥٩/٣) .

(٢) أجاب المازودي عن استدلال الأنحاف بهذا الحديث بقوله وأما الجواب عن قوله **أعطوا الأجر** .. الحديث فهو أن استدلالنا به كاستدلالهم ، لأنه قد يرق حين يعمل فيقتضي أن يستحق أضعافه قبل إتمام العمل ، على أنه يجوز أن يكون وارداً فيمن شرط تأخير آخرته « الحاروي » (١٨٧) ، الشيرازي في الكت ١٦٧ .

(٣) في (ن) : [الإيجارات] .

(٤) بالسح [يحز] وهو خطأ .

(٥) بالسح [ذكره] وهو خطأ أيضاً .

(٦) المطل : التسوف بالمدن والدين . الدوس الخطأ باب اللام وصل الميم (٥٢/٤) . ومن المطرود أن لحاجة وهو الشافعية في هذه المسألة ، ومن ثم فقد أورد ابن قدامة هذا الدليل في معرض رده على استدلال الأصناف السابق ، حيث قال : ويحتمل أنه توعد على ترك الإنهاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة . (المي ١١٤/٥)

(٧) اعترض المازودي على قياس عدم استحقاق الأجر في الإجارة بالمقد على عدم استحقاق الربح في المضاربة بقوله : « أما قياسهم على الجمالة والقراض ؛ عالمي فهما إن سلم القياس من النفس بالكسب . المقد فهما غير لازم ، فلم يقع فهما إيجار ، والإجارة لازمة لوقع فيها إيجار . راجع الحاروي ص ١٨٧ »

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

١٧٤١١ - فإن قيل : المعنى في الربح أنه ^(١) لا يملك بشرط التحويل ^(٢) . [لم يملك بالإطلاق ، والأجرة تملك بشرط التحويل] ^(٣) فملك بالإطلاق .

١٧٤١٢ - قلنا : قد ثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقود .

١٧٤١٣ - الدليل عليه : الأجل ، والخييار إذا سمي أو غير نقد البلد ، ولأنه عقد نبي على منفعة فلا يستحق به الأجرة .

١٧٤١٤ - أصله : إذا أجره دارا شهر رمضان وهما في رجب .

١٧٤١٥ - ولا يلزم ^(٤) النكاح ؛ لأن البدل ليس بأجرة . ولا يلزم إذا عجل الأجرة أو شرط تمجيدها ؛ لأنها لا تملك بنفس ^(٥) العقد ^(٦) لأنه لم يسلم المنفعة المستأجرة فلا يلزم تسليم بدلها بالعقد .

١٧٤١٦ - أصله : إذا لم يسلم العين ، ولأنه عقد معاملة لا يملك به الموعوض [عنه] ^(٧) فلا يستحق به البدل كالبيع الفاسد .

١٧٤١٧ - ولا يلزم للمسلم ^(٨) لأن المسلم ^(٩) فيه يتعين من العوض ^(١٠) الثاني فيملك بالعقد ؛ لأنه عقد على منافع يتعذر استيفاؤها عقيب ^(١١) العقد فأشبهه الإجارة التي شرط فيها الخيار ^(١٢) ولأنها ^(١٣) معاملة لا توجب تسليم أحد البدلين في الحال ، فإذا لم يجب قبض البدل الأجر ^(١٤) في المجلس لم يوجب العقد تسليمه كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع ^(١٥) والبيع الفاسد ، ولا يلزم النكاح لأنه ليس بمعاملة .

(١) أي للمضارب لا يملك شرط تمجيل الربح في عقد المضاربة .

(٢) في (ن) : [شرط لتحويل] .

(٣) ما بين المكوفين ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٤) هذا جواب على اعتراض الماوردي السابق . (٥) في (م) ، (ع) : [بقض] وهو خطأ .

(٦) وإنما تملك الأجرة في حالة التأجيل أو التحويل بالشرط .

(٧) بالنسخ : غير الأصواب ما أثبتناه . (٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) من (ن) وفي غيرها السلم وخطأ لأن المراد السلعة المسلم فيها .

(١٠) ساقطة من (ن) . (١١) في (م) ، (ع) : [عقب] .

(١٢) راجع الباب (١٠٥/٢) . (١٣) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [الأجرة] وهي تفسير للبدل وكلاهما يعني عن الآخر .

(١٥) البيع المشروط فيه الخيار للبائع يبيع بخروج البائع عن ملكه ، ولذا لو قبض المشتري فهلك في مدة الخيار صممه المشتري بالقيمة لا بالنقص ، بخلاف البيع المشروط فيه للمشتري ، فإنه لا يبيع بخروج المبيع عن =

١٧٤١٨ - ولا يلزم السلم ؛ لأن قبض يذله يجب في المجلس ^(١) ، ولا يلزم إذا شريطة التعجيل ؛ لأن ذلك لا يوجب العقد ، وهذه المسألة مبنية على أن المنافع لا تملك بالعقد ^(٢) وإنما تملك بالاستيفاء .

١٧٤١٩ - والدليل على أنها [لا تملك] ^(٣) [أنها معدومة والمالك من صفات الموجود ، ولأنها نماء ^(٤) يحدث من ملكه فلا يملك بالعقد كسائر المعلومات

١٧٤٢٠ - ولا يلزم السلم ^(٥) لأن العقد يقع على دين ^(٦) في الذمة . والدون في الذمة لا توصف بالعدم كالشراء بالأثمان في الذمة ولا الكاح ^(٧) .

١٧٤٢١ - لأن المنافع لا تملك به ، وإنما يقدر على ملك الاستباحة .

١٧٤٢٢ - قالوا : الثمرة المعدومة لا يجوز التصرف فيها ، فدل [على أنها له تملك ، والمنفعة المعدومة يجوز التصرف فيها] ^(٨) ؛ فدل أنها مملوكة ^(٩) .

١٧٤٢٣ - قلنا : إنما جاز التصرف في المنافع حال عدمها ؛ لأنها إذا وجدت

= ملك البائع ، وإن كان لا يدخل في ملك المشتري عند أي حنيقة خلافاً للصالحين ، ولذا لو قبضه المشتري فهلك عنده في هذه الخيار ضمنه باليمن لا بالقيمة . راجع الباب (١٣/٢) .

(١) في الباب ولا يصح السلم حتى يقبض المسلم إليه رأس المال قبل أن يفارق رب السلم بيده . الباب (١٤/٢)

(٢) هذا هو رأي الأحناف ، فنعدمه لا تملك المنافع بالعقد بل بالاستيفاء . ووجهة نظرهم : أن عقد الإجارة

عارة عن مجموعة عقود على حسب أجزاء المنفعة ، فكل جزء استوفاه كان بمثابة العقد المنفرد بملكه

بالاستيفاء الفعلي وبحب في مقابلته الأجرة للمؤجر فكلاهما (الأجرة والمنفعة) لا تملك بالعقد معهما

ووافقهم في هذا المالكية أيضاً فإن المنفعة عندهم تحدث على ملك المؤجر ، ولا تنتقل للمستأجر إلا بعد

استيفائها الفعلي ؛ لأن المنافع لا تحدث مرة واحدة بل تحدث جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض منها . راجع نبد

الحقائق (٣٢٦/٧) ، للمذهب (٥٢٣/١) .

(٣) أي بالعقد وهي ساقطة من (ص) ، (ن) . (٤) في (ن) : [ولأنه لما] .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [عين] .

(٧) أي ولا يلزم الكاح ، قال في تبيين الحقائق بعد أن عرف الإجارة بأنها بيع صفقة معلومة بأجر معلوم بـ

تمليك منفعة بعوض فحرج البيع والهبة والعارية والتكاح ؛ فإنه استباحة المنافع بعوض لا بملكها . تبيين الحقائق

(٣٢٤/٧) .

(٨) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) هذا الدليل استدل به الشافعية على رأيهم في المسألة الفرعية التي ذكرها المصنف على أنها سب الخلاف

في هذه المسألة ، وهي استهلاك المنفعة بالمقد أو الاستيفاء على ما سبق بيانه . راجع مضي المحتاج (٣٣٤/٢)

المفني لابن قدامة (٤٤٣/٥) .

عدت^(١) فلم يمكن التصرف فيها بعد وجودها [فبهذه الضرورة جاز التصرف فيها ،
والثمرة يمكن التصرف فيها بعد وجودها]^(٢) فلم توجد تلك الضرورة [فيها]^(٣) ،
وإن ساوت المنفعة في فقد الملك^(٤) .

١٧٤٢٤ - ولأنها^(٥) لو ملكت بالعقد وجدت في ضمانه بالقبض الأول كالأعيان .

١٧٤٢٥ - احتجوا في هذا الفصل بأن عقد المعاوضة إذا تناول معلوماً بعينه ؛ كان
المعقود عليه مملوكاً كالأعيان المبيعة .

١٧٤٢٦ - قلنا : يبطل بنصيب في المساقاة أن المعاوضة تناولت الثمرة وهي معلومة
وليست مملوكة .

١٧٤٢٧ - قالوا ليست معلومة [^(٦)] .

١٧٤٢٨ - قلنا : وكذلك مقدار خدمة العبد [في الشهر غير معلومة]^(٧) القدر^(٨)
والحي في المبيع أنه^(٩) موجود بمعاوض^(١٠) عنه فكان مملوكاً ، والمنفعة معلومة^(١١) [في
الشهر]^(١٢) فلم تملك ، وإن تناولها العقد كسهم العامل من النخل^(١٣) .

١٧٤٢٩ - قالوا : الملك ليس بإشارة إلى العين^(١٤) ، وإنما هو^(١٥) عبارة عن حكم ؛
لأن الملك هو التصرف في العين^(١٦) بدلالة أن المولي [يملك التصرف]^(١٧) في العبد

(١) أي عدمت النافع باستيفاء المتعنف بها واستهلاكها .

(٢) ما بين المكوفين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) والضهير عائد علي الثمرة .

(٤) أي لم يجز التصرف فيها أثناء عدمها . (٥) أي للنافع .

(٦) ما بين المكوفين ساقط من (م) ، (ع) : والحق ما قالوا : « إن الثمرة ليست معلومة لأنها لم تخلق بعد . والمنطوق
هو الجزء المشروط أي القدر كالثالث ونحوه ، وليست الثمرة بدليل أنها قد لا تخرج . راجع المذهب (١٧٣/٥) .

(٧) ما بين المكوفين مكرر في (ن) . (٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) . (١٠) في (ن) : [يعارض] .

(١١) في (م) ، (ع) : [مملوكة] . (١٢) ساقطة من (ن) .

(١٣) نصيب العامل في المساقاة وإن كان محلياً بالجزء إلا أنه لا يملك إلا بتحقيق الوجود ؛ لأنه يحمل النخل
فلا يستحق العامل . (١٤) في (ص) ، (ن) : [عين] .

(١٥) في (ن) ، (م) ، (ع) : [هي] .

(١٦) قال ابن قدامة : للملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف محصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة
للسقطة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجزأها صير لمتأجر مالكاً فيها ما كان يملكه

للزجر . لفتي (٤٤٣/٥) . (١٧) في (م) ، (ع) : [يتصرف] .

فإذا أعتقه فالرقبة لا تجوز له لأن الملك زال عنه . ثم المالك له كمال التصرف في المنافع ، [فدل أنها ملكه] ^(١) .

١٧٤٣٠ - قلنا : الشجرة المعدومة يملك التصرف (فيها) ^(٢) بالوصية ، وبالمعاوضة في المساقاة ^(٣) ، ولم يدل جواز التصرف فيها على أنها مملوكة [إذا ثبت أن المنافع لا تملك إلا بالمقد] ^(٤) .

١٧٤٣١ - قلنا : إن كل معاملة لا يملك فيها أحد البدلين بنفس العقد لا يملك به البديل الآخر ^(٥) كالهبة بعوض ^(٦) . والبيع المشروط فيه الخيار لهما ^(٧) والبيع الفاسد ^(٨) .

(١) في (م) ، (ع) : [ملكا] وهي خطأ . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) جاء في البدائع في معرض لاشتراط وجود الموصى به في حياة الموصى النص على أنه : وأما الوصية بشجرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته إن ذكر الأبد ؛ لأن اسم الشجرة يقع على الموجود والحادث . والحادث سها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهي عقد المعاوضة والوقف ، فإذا ذكر الأبد يتناول . البدائع (٣٥٤/٧) ، ومن هذا النص يفهم أن الشجرة المعدومة يجوز التصرف فيها بالوصية من قبل الموصى ثم التصرف فيها في المساقاة معلوم فإن المجوزين للمساقاة يعملون للمال نصيبا منها يشترط له عند العقد ، وهذا معنى التصرف فيها .

(٤) لحل صواب العبارة يقتضي الزيادة الموجودة بين المحكوفين .
(٥) قاعدة . « كل معاملة لا يملك فيها أحد البدلين بنفس العقد لا يملك به البديل الآخر ، كالهبة بعوض والبيع المشروط فيه الخيار لهما والبيع الفاسد » .

(٦) الهبة بعوض يبيع عند الأحناف . قال في الباب : لو قال : وهبتك بكذا الباء كان بيعا ابتداء وانتهاء ، هذا إذا كان العوض ميبعا ، أما إذا لم يكن ميبعا بأن كان مجهولا يطل اشتراطه ويصح عقد الهبة ويكون مبة ابتداء وانتهاء . أما إذا كانت الهبة بشرط العوض كأن قال : أعطتك بشرط أن تعرضني كذا فهو هبة ، بخير فيها شروط الهبة . وحكمه حكم البيع في الرد بالعيب والخيار . راجع الباب (١٧٧/٢) .

(٧) يرى الإمام أبو حنيفة أن البيع المشروط فيه الخيار لهما ملك المبيع فيه للبايع ، وواقفه في هذا الأصحاب ، وعلى ذلك لو قبضه المشتري وهلك في يده ضمنه قبيحا كان أو مثليا ، وإن كان مشروطا بالمشتري حرج البيع من ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري عند الإمام ويدخل عند الأصحاب في ملك المشتري . راجع الباب (١٣/٢) ، وللشافعي فيها ثلاثة أقوال : أحدها : ينتقل بالمقد ؛ لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح وهو مقتضى كلام الأئم (٥/٣) . والثاني : أنه يملك بالمقد وانتهاء الخيار ؛ لأنه لا يملك التصرف إلا بالمقد وانقضاء الخيار . والثالث : أنه موقوف مراعى فإن لم ينسخ فشد قسيما أنه ملك بالمقد وإن فسخ تبيحا أنه لم يملك .. راجع للمذهب (٣٤٥/١) .

(٨) سبقت الإشارة إلى أن الأحناف يفرقون بين الفاسد والباطل ، وعلى ذلك فائض العائد عندهم مرتب عليه ملك المبيع إذا قبضه المشتري بإذن البايع ، فلو باعه صح بيعه ، لأن البيع الفاسد عندهم يمكن تصحيحه ، لأن الحبل راجع إلى فساد العرض كبيع سلعة بفس هو عسر مثالا فيمكن تصحيح العقد باستبدال حل الحمر

١٧٤٣٢ - احتجوا بأنه عقد يجوز شرط تمجيل الموضع فيه ، فوجب أن يقتضي إطلاقه تمجيل الموضع كالبيع ^(١) .

١٧٤٣٣ - قلنا : قد يجوز أن يشترط في ^(٢) العقد مالا يقتضيه الإطلاق بدلالة تأجيل الثمن واختيار إذا ^(٣) شرط غير نقد البلد ويطلق ، بالعقد على الجزية فإنه يجوز أن يشترط ^(٤) الإمام تمجيلها ، وإطلاق عقد الذمة ^(٥) لا يقتضي التمجيل .

١٧٤٣٤ - والمعنى في البيع أنه يمكن تسليم الموقوف عليه ^(٦) عقيب العقد ، فجاز أن يستحق عوضه بالعقد . والإجارة لا يمكن تسليم الموقوف عليه ^(٧) عقيب العقد فلم يجب بدله بالعقد كالعبد الأبق وكربيع المضارب .

١٧٤٣٥ - ولأن المبيع لما ملك بالعقد ملك الموضع عنه بالعقد ، فلم يسبق ملك أحد العوضين ملك الآخر ، ولما ثبت أن المنافع لا تملك بالعقد لم يملك عوضها إلا حين ^(٨) ملكها حتى يتساوى الملك في العوضين كما يتساوى في المبيع .

١٧٤٣٦ - قالوا : معاوضة لا يملك أحد المتعاقدين فسخها لغير عذر ، فوجب أن يقتضي إطلاقها تمجيل الموضع كالنكاح ^(٩) .

١٧٤٣٧ - قلنا : يطل بالمساقاة ، فإنه معاوضة لا يملك أحد المتعاقدين فسخها لغير عذر ، فوجب أن يقتضي إطلاقها تمجيل الموضع وهو الجزء من الثمرة .

١٧٤٣٨ - ولأن البذل في النكاح أقوى من ^(١٠) الثبوت من الأجرة ، بدلالة أن المرأة لو

أو ربت مثلاً . أما إذا كان الموضع دماً أو مينة مثلاً فهو باطل ، وعلى ذلك لا يصح العقد . ولا ترتب عليه الآثار . ومع أن الشامية لا يفرقون بين الفاسد والباطل إلا أنهم فرقوا بينهما في البيع ، فذهبوا إلى ما ذهب إليه الأصناف . وراجع الباب (٢٨/٢) ، التمهيد للأسنوي (٦١) ، المهذب (٥٢٣/١)

(١) راجع فتح العزيز (١٩٩/١٢) ، الحاوي (١٨١) ، المغني (٤٤٣/٥)

(٢) في (م) ، (ع) : [إن] . (٣) بالنسخ [وإذا] والواو زيادة لا حاجة لها .

(٤) ساقطة من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [شرط] .

(٥) ساقطة من (ن) . (٦) ساقطة من (ن) والموقوف عليه المبيع .

(٧) ساقطة من (ن) والموقوف عليه في الإجارة المنفعة .

(٨) في (م) ، (ع) : [البيع لا يملك] وهو خطأ ظاهر .

(٩) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [الأجنبي] وهو خطأ .

(١٠) قال المارودي : دلالة هو أن ما لزوم من عقود المنافع استحق الموضع فيه حالاً كالنكاح . الحاوي (١٨١) وقال

ابن قدامة : عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق مطلق العقد كالثمن والصدقات . المغني (٤٤٣/٥) .

(١١) كنا بالنسخ ولعل صوابها [في] .

ماتت عقيب العقد فلم يتمكن الزوج من الاستمتاع ووجب البذل^(١). ولو احترقت الدار المستأجرة، أو مات العبد لم تستحق الأجرة فم يجز اعتبار أحدهما بالآخر. ولو طلقها قبل الدخول وجب نصف المهر، ولو عادت المنافع إلى المؤجر لم^(٢) يستحق شيئاً من البذل.

١٧٤٣٩ - والمعنى في النكاح: أن المعنى الذي يستقر به المهر هو وطء واحد^(٣). وذلك يمكن تسليمه عقيب العقد؛ فلذلك جاز أن يجب عوضه بالعقد والمعنى الذي تستقر به الأجرة هو استيفاء جميع المنافع^(٤) وذلك لا يمكن تسليمه عقيب العقد؛ فلذلك لم يجب بدله^(٥) بالعقد.

١٧٤٤٠ قالوا: المنافع بمنزلة العين القائمة^(٦) بدلالة جواز العقد عليها مطلقاً، ولو لم تكن كالعين لم يجز العقد عليها قبل أن تخلق كالثمرة والنتاج قبل أن يخلف^(٧) وإذا كانت كالعين فإذا قبض الدار كانت^(٨) المنافع في حكم المقبوضة^(٩) له^(١٠)؛ دلالة جواز تصرفه فيها كالإجارة والإعارة؛ ولو لم تكن كالمقبوضة ما جاز هذا. ولو رجل^(١١) أصدق امرأة منقعة داراً شهراً فسلم الدار إليها^(١٢) لزمها تسليم نفسها،

(١) أي وجب المهر.

(٢) عبر المصنف عن استقرار المهر بالوطء وإختصاصاً، وقام ذلك أن للمهر يستقر عند الأحاف بواحدة من ثلاث: الحلوة الصحيحة أو الدخول أو الموت قبل الدخول، ووافق الشافعية الأحاف في استقراره بالوطء والموت، واختلف قولهم في استقراره بالحلوة. ففي التقديم: يستقر بها المهر، وفي الجدي: لا يستقر بها وهو المذهب عندهم. وراجع البدائع (٢٩١/٢)، المذهب (٧٤/٢).

(٤) انظر: معني المحتاج (٢٦٥/٥)، المذهب (٥٢٣/١).

(٥) في (م)، (ع)؛ [بدلالة] وهو خطأ.

(٦) قال الإمام الشافعي في الأم: ردًا على أن الإجارة تخالف البيوع في أنها واردة على غير عين وأنها إلى مدة؛ بيان أنها واردة على منفعة معقولة من عين معروفة فهي كالعين «الأم» (٢٥١/٣). وقال النازدي: «إنها لو كانت موجبة وبالتصديق غير مقبوضة لما جاز لمستأجر الدار أن يؤجرها، لأن بيع ما لم يقبض باطل، وهي إجماعهم على جواز إجارتها دليل على حصول قبضها». والزوجة لا يازمها التمكين من نفسها إلا بعد قبض صداقتها، ولو كان صداقتها سكتى دار تسلمتها لزمها تسليم نفسها، فلو لا حصول قبضها لصداقتها «ألزمت تسليم نفسها كما أن الأجرة لو لم تملك بتسليم الدار والتمكين من السكنى لما جازت لمصلحة عليها». احتجوا ص ١٨٤. وقال ابن قدامة: «وقولهم: إن المنافع معقولة قلنا هي مقطرة الوجود؛ لأنها جعلت موردًا للعقد والعقد لا يرد إلا على موجود» المعنى (٤٤٣/٥).

(٧) في (ع)؛ [يخلق] وهو خطأ.

(٨) في (ن)؛ [تأخذ] وهو خطأ.

(٩) في (م)، (ع)؛ [للمقبوض].

(١٠) ساقطة من (م)، (ع).

(١١) في (م)، (ع)؛ [وكل رجل لو].

(١٢) في (ع)؛ [فسلم إليها الدار].

وإذا^(١) ثبت أنه كالتفويض للمنافع^(٢) لزمه تسليم الأجرة .

١٧٤٤٩ - الخواب : أما قولهم : إن المنافع بمنزلة الأعيان بدلالة جواز العقد فغلط ؛ لأن المنافع متى^(٣) تمتعت عدمت مع التمتع ، فلم يجوز العقد عليها ، فكيف يستدل بجواز العقد على أنها في حكم الأعيان ؟ .

١٧٤٤٢ - وهذا المعنى يجمع جوار العقد عليها ، فأما الثمرة والتاج [فلا يمكن العقد عليها مع عدنها]^(٤) بل وقف جوار العقد على الوجود ، وأما المنافع : فلا يمكن العقد عليها بعد وجودها^(٥) فاضطررنا إلى تصحيح العقد قبل وجودها .

١٧٤٤٣ - فأما قولهم : إن قبض الدار في حكم قبض المنافع ، فلا يصح بدلالة أنها ١١/أ لو صارت / مقبوضة لتلفت من ضمان المستأجر ، ولكان العيب الحادث فيها لا يوجب^(٦) الرد^(٧) .

١٧٤٤٤ - وفي علمنا : أن الدار لو احترقت بعد القبض سقطت الأجرة ، ولو دخلها عيب ثبت الفسخ ، ولو غصبها غاصب سقط ضمانها ؛ دل ذلك على أنها ليست في حكم القابض ، وإنما يقبضها إذا وجدت باستيقائه لها .

١٧٤٤٥ - فإن قيل : لو اشترى عبداً أو قاتلاً فقبضه ، استقر بدله ، وإن سقط عندكم متى قتل في يد المشتري^(٨) .

(١) في (٥) : [فإذا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [للمنافع] .

(٣) ساقطة من (٥) .

(٤) العبارة بصحيح السمع فيمكن العقد عليهما مع عدنها . وإثباتها في المتن بالنفي [فلا يمكن] هو الذي يتفق ورأى أي حنيئة السابق في المساقاة ؛ حيث أبطلها لأنها ماملة على ثمرة معدومة . ويدل عليه كلام العصف بعده : بل وقف جوار العقد على الوجود ، ولزوم أن يكون موجوداً فلا ينمذ بيع المعلوم ، وما له خطر العدم كبيع نتاج التاج بأن قال : بعت ولد ولد هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل ؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعلوم ، وإن باع الحمل فله خطر المعلوم ، وكذا بيع اللبن في الصرع ؛ لأنه على خطر ، لاحتمال امتناع الصرع ، وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره . البدائع (١٣٨/٥) .

(٥) لأنها إذا وجدت عدمت بالانقضاء بها .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلا موجب] وهو خطأ .

(٧) أجاب الماوردي عن هذا فقال : وأما استدلالهم بأنه لو ملكها ما استرجعت بالانهدام فهو باطل باشتراط التصجيل ، وبالنكاح ، وبالصبيح في استرجاع بعض الثمن في أرض العيب فغلط الاستدلال . الحاروي (١٨٧) .

(٨) يجوز عند الأصناف بيع العبد للزند أو الجاني علم بذلك المولى ، أو لم يعلم ، ولكن يصحته المولى البائع =

١٧٤٤٦ - قلنا : قتله عندنا بسبب ^(١) كان عند ^(٢) البائع يقام ^(٣) عليه البيان بفسخ قبضه الموجود ، فيزول ضمان الثمن كما يزول الاستحقاق ، وهلاك الدار وغضبها لا يوجب فسخ القبض ومع ذلك يسقط البذل .

١٧٤٤٧ - فدل على أن المنافع لم تصر مقبوضة . [وأما جواز التصرف فيها بحر قبض الدار فليس لأن المنافع مقبوضة] ^(٤) ، ألا ترى أنه يعقد عليها ، ولم يملكها ؟ كما يعقد المؤجر عليها ولم يملكها وعدم الملك أكثر من عدم القبض ، وإنما وقف تصرفه على قبض الدار

١٧٤٤٨ - لأنه ما لم يقبض تحدث ^(٥) المنافع في ضمان المؤجر ، فلم يجز أن يملكها المستأجر الثاني عند حدوثها من جهة المستأجر الأول ، وإذا قبض الدار حدثت المنافع على ضمانه ، فجاز أن يملكها المستأجر الثاني بعد دخولها في ضمان المستأجر الأول ، فإذا تزوج امرأة على سكنى فسلم الدار فإثما لزمها تسليم نفسها . لأنها رضيت بذل مؤجل ، فلم يجز أن تحبس نفسها مع الرضا بالتأجيل ^(٦)

١٧٤٤٩ - فإن قيل : فكان يجب أن تسلم نفسها قبل ^(٧) قبض الدار .

١٧٤٥٠ - قلنا : الجزء الأول من المنفعة ^(٨) قد استحققت ^(٩) تعجيله ^(١٠) فوجب أن يسلم الدار إليها حتى ^(١١) لا يفوتها ذلك الجزء المعجل ^(١٢) .

= بحسب علمه بجنايته ، فإن باعه قبل علمه ، ضمن الأقل من قيمته ومن أرض الجناية ، وإن باعه بعد علمه بها وجب عليه الأرض كاملاً . وللشافعية في العبد القتال قولان ، وفي المرتد وجهان ، فإن قُتل في يد المشتري قبه وجهان : بفسخ البيع ورجع بالثمن ، والثاني : إن علم المشتري لم يرجع بشيء ، وإن لم يعلم رجع بالنس . راجع البدائع (١٦٥/٥) ، وروى للسائل للزمخشري ص ٢٨٧ ، المذهب (٢٨١/١) .

- (١) في (م) ، (ع) : [بسبب] . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [مقام] . (٤) ساقطة في (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [لحدث] .

(٦) اتفق الأحناف والشافعية على أن امرأة يجوز لها أن تحبس نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر ، إن كان المهر مشروطاً بتعجيله في العقد ، أو أطلق العقد ذلك قياساً على جواز حبس البائع السلمة عن المشتري حتى يستوفي ثمنها ، وعلى أنه ليس لها أن تحبس نفسها إذا كان المهر مشروطاً تأخيرها في العقد كذلك الصرة التي ذكرها المصنف ، لأنها وصيت بتأخيرها . راجع البدائع (٢٨٨/٢) ، الجرمي على الخطيب (٢٧٢/٢)
(٧) في (ن) : زيادة [ذلك] ولا حاجة لها . (٨) أي على القول بأنها رضيت بتأخير تسليم نفسها .

- (٩) أي على القول بأنها رضيت بتأخير بذلها . (١٠) في (م) : [استحق] .
(١١) وإنما استحققت تعجيل الجزء الأول بتسليم نفسها . (١٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

١٧٤٥١ - [قالوا : لو كانت المنافع لا تملك عندنا ولا الأجرة ^(١) فكلما وجد جزء من المنافع ملكه وقد تعين واستحقق ^(٢) غرمه ديناً ، فيكون في الحقيقة تملك عين بدين ^(٣)] .

(١) في (م) ، (ع) : [الأول] قال في البدائع : ولو كان بعضه - المهر - حالاً وبعضه مؤجلاً معلوماً فله أن يدخل بها إذا أعطاهما الحال بالإجماع . البدائع (٢٨٩/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والأجرة] .

(٣) العبارة كذا بجميع النسخ ، والظاهر أن النسخ قد خلطوا بين قول الشافعية وجواب المصنف في هذه العبارة ؛ وذلك لأن صدر العبارة يناسب اعتراض الشافعية ، وعجزها يناسب رد الأحناف ، كما أن العبارة لم ينص فيها على جواب المصنف . وهو خلاف المخاد عنه ، ولذا فإننا نرى أن صواب العبارة هو : قالوا : لو كانت المنافع لا تملك عندنا - الأحناف - ولا الأجرة ، فإذا شرط في العقد تأجيل الأجرة ، كان تملك دين بدين ، وهو منتهي عنه ، قلنا : إذا شرط تأجيل الأجرة ، فكلما وجد جزء من المنافع ملكه وقد تعين - أي هنا الجزء - من النفع واستحقق غرمه ديناً ، فيكون في الحقيقة تملك عين بدين . يدل على صحة ما ذكرت النصوص التالية للشافعية احتجاجاً ، وللأحناف رد عليهم . قال المزني في مختصره : يملك المستأجر النفع التي في العبد والدار والباية إلى المدة التي اشترطها حتى يكرن أحق بها من مالكها ، ويملك بها صاحبها العوض ، فهي منقعة مقبولة من عين معلومة ، فهي كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها بخلاف العين ؛ كانت في حكم الدين ، ولم يجز أن يكرن بدين ؛ لأنه حيث لا يكون ديناً بدين ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن الدين بالدين . مختصر المزني (٨٠/٣) . وقال الماوردي : والمنافع بالتمكين مقبوضة حكماً وإن لم يكن القبض مستقراً لأمر أربعة : أحدها : ما ذكره الشافعي : أنها لو كانت مؤجلة وبالتمكين غير مقبوضة لما جاز تأجيل الأجرة ؛ لأنه يصير ديناً بدين ، وقد ورد النهي عنه ، وفي إجماعهم على جواز تأجيلها - أي الأجرة - دليل على حصول قبضها . الحارثي ١٨٤ . وقد سبق ذكر الثلاثة الأخرى أثناء المسألة ، وقال الزبيلي مجيباً : إن قيل : لو لم تملك المنافع يلزم الإخراق عن دين بدين ، قلنا : لو صح ذلك لزم التقاض في المجلس ، فلما جاز الضرف من غير تقاض لا يكون ديناً بدين فبطل ما قالوا . تبين الحقائق (١٠٧/٥) .



إجارة الدار كل شهر بكذا

١٧٤٥٢ - قال بعض ^(١) أصحابنا : إذا استأجر دارا كل شهر ^(٢) بدرهم صح العقد في شهر واحد ، وفسد في بقية الشهور ^(٣) .

(١) من المعلوم أن بيان مدة الإجارة شرط في صحتها ، ومن ثم فقد فرع الطءاء هذه المسألة ، فاحتمل فيما إذا انعقدت الإجارة الصيغة التي ذكرها المصنف وتسمى بالمشاهرة ؛ لأنه لم يذكر مدة تنتهي إليها الإجارة .

(٢) ما ذكره المصنف هو رأي أبي حنيفة ، وهو ما صرح به كتب المذهب ، فكان أولى أن نسب للمسألة إليه وقد اختلف النقل عن الإمامين محمد وأبي يوسف فعمدة الكتب تذكر المسألة على أنها رأي المذهب من غير تفصيل إلا ما تعرض له الكاساني في بئانه نقلًا عن القنوري ^(٤) حيث قال : أمرت هذه الدار كل شهر بدرهم ، جاز في شهر عند أبي حنيفة ، وهو الشهر الذي يقبض العقد كما في بيع العين ، فإن قال : بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم ، أنه لا يصح إلا في قفيز واحد عند ؛ لأن جملة الشهور مجهولة ، فأما الشهر الأول فمعلوم ، وهو الذي يقبض العقد ، وذكر القنوري أن الصحيح من قول أبي يوسف ومحمد : أنه لا يجوز أبداً ، وفرقا بين الإجارة وبيع العين من حيث إن الإجارة كل شهر بكذا لا نهاية لها ، فلا يكون العقود عليه معلوماً بخلاف الصبرة ؛ لأنه يمكن معرفة الجملة بالكيل . البدائع (١٨٢/٤) .

(٣) محل النزاع في إجارة الشهور والسنين هي هذه الصورة فقط ، أما لو أجرة داره سنة كل شهر بكذا فهو صحيح بالإجماع ، وكذا لو أجرة شهراً كل يوم بكذا ؛ لأن انتهاء المدة معلوم ، وإنما كان الخلاف هنا لأن انتهاء المدة غير معلوم ، وإنما المعلوم فقط هو مقدار أجرة الشهر ، ووجهة نظر المجوزين للإجارة في شهر واحد هي : أن كل إذا دخلت على مالا نهاية له تنصرف إلى واحد . . وقال في الباب : ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالمعقد صحيح شهراً واحداً لكونه معلوماً فاسد في بقية الشهور لجهالتها ، والأصل : أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر الصل بالموسم فكان الشهر الواحد معلوماً ؛ فصح العقد فيه ، فإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء مدة العقد الصحيح . الباب (٩٩/٢) .

(٤) المذهب عند الأحناف هو ما ذكره المصنف من أن العقد صحيح في شهر واحد هو الذي يلي العقد مباشرة . وقد ذكر صاحب التبيين ما يشعر أن هناك من المشايخ من أجاز العقد في الشهر الثاني والثالث ، وقد قال : ولا معنى لقول من قال من المشايخ إن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس ؛ لأن تعامل المخالف للدليل لا يعتبر . تبين الخفائ (١٢٢/٥) وسوف يظهر من خلال استعراض آراء المذاهب الأخرى أن هذا الذي رده صاحب التبيين هو مذهب البعض حيث يرون صحة العقد في سائر الشهور .

١٧٤٥٣ - وهو قول الشافعي ^(١) في الإملاء واختيار الإصطخري ^(٢) .

١٧٤٥٤ - قالوا : والمذهب أن العقد فاسد ^(٣) في الجميع ^(٤) .

١٧٤٥٥ - لَنَا : مَا رَوَى أَنَّ عَلِيًّا ^(٥) عَلَيْهِ أَجْرٌ نَفْسُهُ مِنْ يَهُودِيٍّ يَشْتَبِي لَهُ لَمَاءُ كُلِّ ذَلُو بِقَرَّةٍ فَأَخَذَ الثَّمَرُ ^(٦) وَعَمَلَهُ إِلَى الشَّيْءِ عَلَيْهِ لُجُوعٌ وَرَأَى بِهِ ^(٧) وَلَمْ يَتَكَبَّرْ ذَلِكَ

(١) وهو أحد أقوال ثلاثة للمالكية أيضًا ، فهم وإن كانوا قد رجحوا صحة العقد لكن عساء المذهب أحفظوا فيه تفرقوا في تفسيره إلى ثلاثة أقوال : الأول : مثل رأى الأحناف وقول الشافعي في الإملاء بزوم العقد في الشهر الأول وجواز الفسخ فيما عداه . والثاني : لزوم العقد في أي شهر سكن في بعضه فلا يكون لأحدهما أن يفسخه بالسة لهذا الشهر . والثالث : صحة العقد غير أنه عقد جائز لأي من الطرفين فسحه متى شاء ، وتلزم الأجرة بقدر ما سكن سواء في الشهر الأول أو غيره . ووافق القائلين بالصحة الحنابلة في قول لهم أيضًا ، ذكره الحفري واختاره القاضي ، راجع البدائع (١٨٢/٤) ، المسوط (١٣٠/١٥) ، اللباب (٩٨/٢) تبين الحقائق (١٢٢/٥) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢) ، المذهب (٥١٨/١) ، فتح العزيز (٣٤٢/١٢) مني المحتاج (٣٤٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٤٦/٥) .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) قال في المذهب : وما عقد على مدة لا يحوز إلا على مدة معنومة الابتداء والانتهاء ، فإن قال : أجرتك هذه الدر كل شهر بدنيار فالإجارة باطلة ، وقال في الإملاء : تصح في الشهر الأول وتبطل فيما زاد ، لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول فصح المعلوم ، وبطل في المجهول كما لو قال : أجرتك هذا الشهر بدنيار وما زاد بهسابه ، والصحيح هو الأول . المذهب (٥١٩/١) ، وفي فتح العزيز : وإذا قال : أجرتك هذه الدرا كل شهر بدينار من الآن ، لم تصح الإجارة ، لأنه لم يبين لها مدة ... ثم صرح بالرأي الأول فقال وفي الإملاء : أن تصح في الشهر الأول لأنه معلوم ، والزيادة مجهولة ، وبه قال الإصطخري . فتح العزيز (٣٤٣/١٢) . والراجح في مذهب الشافعية وهو ما عبر عنه المصنف في المذهب : بطلان الإجارة ، وهو قول الحنابلة ، الثاني الذي اختاره أبو بكر وجساعة من الحنابلة . قال ابن قدامة : ذهب أبو بكر وجساعة من الحنابلة إلى أن العقد باطل لأن العقد على كل الشهر وهي مبهمة مجهولة ، فلم يصح كما لو قال : أجرتك مدة أو عدة أشهر ، ولا يخفى أن هنا هو ما صححه الإمام القدوري عن الإمامين محمد وأبي يوسف في نفيه السابق . راجع البدائع (١٨٢/٤) ، للنبي (٤٤٦/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الجمع] .

(٥) أمير المؤمنين علي بن أبي طالب الهاشمي (أبو الحسن) رابع الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين بالجنة وإن عم رسول الله ﷺ ، وزوج ابنته فاطمة ، وأول الناس إسلامًا بعد خديجة ﷺ . ولي الخلافة بعد مقتل عثمان سنة (٣٥ هـ) - سنة (٤٠ هـ) روى عن النبي - ﷺ ٥٨٦ حديثًا . راجع الأعلام (١٠٧/٥) ، تلخيص الطبري (١١٠/٤) ط دله المعارف ، الاستيعاب (٢٦/٣) ، الإصابة (٥٠١/٢) ، تهذيب التهذيب (٣٣٤/٢) ، تهذيب الأسماء (٣٤٤/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الثمرة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [رابة] .

عَلَيْهِ (١) (٢) .

ولأنه ذكر جزءاً (٣) من الجملة معلوماً (٤) بدلاً معلوماً (٥) وأبعاضها غير مختلفة ؛ فوجب أن يصح العقد في ذلك الجزء إذا كان مما (٦) يصح إفراذه به (٧) .

١٧٤٥٦ - أصله : إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم (٨) ولأنه سمي أجرة معلومة لمدة معلومة مع جملة مجهولة ؛ فوجب أن يصح في المعلومة . أصله : إذا قال : أجرتك داري كل شهر بدرهم ، وكل شهر بعده بدرهم ، وأما إذا سكن من الشهر الثاني يوماً صح العقد فيه ، ولزم جميع الشهر بالمسمى (٩) .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) روى ابن ماجه في سننه عن عكرمة عن ابن عباس قال : أَصَابَ نَبِيَّ اللَّهِ حَصَاةٌ ، فَخَنَعَ ذَلِكَ عَلَيَّ فَرَجَ يَتَلَسَّسُ غَلًّا بِجَيْبِي فِيهِ شَيْئًا يَنْقِصُ بِوِشْوَلِ اللَّهِ ﷺ ، فَاتَى بِشَتَاتٍ لِرَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ ، فَاسْتَقَى لَهُ سَبْعَةَ غُزُرٍ ذُلًّا كُلُّ ذُلٍّ يَشْتَرِي ، فَشَتَرَهُ الْيَهُودِيُّ مِنْ ثَمَرِهِ سَبْعَ عَشْرَةَ عَجُوزَةً ، فَجَاءَ بِهَا إِلَيَّ الشَّيْءُ ﷺ - رابع سن ابن ماجه . باب الرجل يستقي كل دلو بشرة (٨١٨/٢) رقم (٢٤٤٦) ، تلخيص الحبير (٦١/٣) .

(٣) في (ص) : [جره] وهو خطأ . (٤) في (ص) : [معلوم] وهو خطأ أيضاً .

(٥) نظنها زائدة . (٦) في (م) ، (ع) : [ما] .

(٧) ساقطة من (د) .

(٨) هذا الأصل محل خلاف عند الأحناف ؛ حيث جوزوه الإمام في القفيز الأول فقط وبني عليه هذه السأله بينما صححه الأصحاب في الجميع ، قال في تبين الحقائق وهو في معرض التذليل على رأى المذهب في هذه المسأله : كذا إذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم ، فإنه يجوز في قفيز واحد ، فكذا هذا ، وهذا عند أبي حنيفة رحمته ظاهر ؛ لأنه سوى بين البايين أي إجارة كل شهر بكذا وبيع كل قفيز بكذا ، وهما - محمد وأبو يوسف - واتفقا في الشهور وأجارا العقد في الكل في الصبرة . تبين الحقائق (١٢٢/٥) ، والشامعية يصححون العقد في الجميع ، لو قال : يبتع هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، واخطفوا في قوله : يبتع من هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، فصححه ابن سريج في صاع واحد ، وأبطله غيره في الجميع ، وسوى البعض بين الصورتين في الصحة . فتح العريز (٣٤٥/١٢) . وإن كان هذا هو رأى الشامعية في مسائل الصبرة إلا أنهم فرقوا بينها وبين هذه المسأله بلجهالة في العقد على الشهور بخلاف الصبرة فهي تتصمر بالكيل . رابع الخاوي (٢٦٢) .

(٩) هذا لأن العقد عند الأحناف بالنسبة الشهر الثاني يلزم بالنفس أي بالدخول فيه ، أما قبله فلكل منها المنسوخ ، فإذا دخل فيه وسكن يوماً أو يومين وفقد أصبح لازماً كالشهر الأول . قال في التبيين . وكل شهر سكن أوله ساعة صح فيه لأنه صار معلوماً ، فتم انعقد فيه ، فلا يكون لأحدهما الانساع عن المسمى ، وهذا قول بعض المشايخ ، وهو القياس ، وفي ظاهر الرواية ؛ لكن واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر وبومها ، وبه يعني ؛ لأن في اعتبار الساعة حرجاً عظيماً . تبين الحقائق (١٢٢/٥) .

١٧٤٥٧ - وقالوا : يجب فيه أجر المثل ^(١) وإن صححنا العقد في الشهر الأول .
 ١٧٤٥٨ - لنا : أن علينا ^(٢) استوفى المسمى في الذئير الثاني والثالث ولم يُذكر الشيء
 عليه ^(٣) ، ولأنها ما ^(٤) تناولها العقد وأفردها بالتسمية ، فاستيفاء المنفعة فيها
 توجب التسمية كالشهر الأول .

١٧٤٥٩ - احتجوا : بأن المدة التي تناولها العقد مجهولة ، فكان العقد باطلاً كما
 لو ^(٥) قال : أجرتك مدة معشرة ^(٦) .

١٧٤٦٠ - قلنا : وهناك ^(٧) كل ^(٨) جزء من المدة لو أفرده لم يصح العقد فيه لجهالة
 بدله .

وهنا : لو أفرد الشهر الواحد [صح ، فإذا ضم إليه جملة مجهولة صح كما لو
 قال : أجرتك شهراً بدرهم ، وكل شهر بدرهم .

١٧٤٦١ - قالوا : الشهر الواحد [^(٩) معلوم إلا أنه ضم إليه جملة مجهولة ، فهو
 كقوله : بتلك هذا العبد بدرهم ، وكل عبد لي كل ^(١٠) عبد بدرهم .

١٧٤٦٢ - قلنا : يبطل بما قال الشافعي : ^(١١) ، ولو أكرى حملاً بمكيلة ، وما زاد
 بمحبسه ، فهو في المكيلة جائز وفي الزيادة فاسد ^(١٢) وإن كان قد ضم جملة مجهولة
 إلى قدر معلوم .

١٧٤٦٣ - ثم عندنا : إذا جمع بين الصحيح والفساد في غير المعقود عليه ؛ صح في
 الصحيح ، وبطل في الفاسد ؛ فلم يسلم ما قالوا ^(١٣) .

(١) قال الماوردي : لا يخلو أن تصح الإجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر ، أو تطل فلا يخلو أن يقيم
 عليها مع العذر ، ويلزم أجره المثل إن سكن دون المسمى . الحاروي (٢٦٣) . ويقصد أن له أجره المثل في
 حالة سكنه وليس الأجر المتفق عليه .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ص) ، (م) ، (ع) .

(٣) كذا بالصح ولها [مما] .

(٤) راجع المذهب (٥١٩/١) ، الحاروي ص (٢٦١) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) أي في قوله أجرتك منه .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٨) في (م) ، (ع) : [وكل] .

(٩) قاله الشافعي وقد سبق ذكره ، وراجعه في مختصر المزني (٨٨/٣) ، والحاروي ص (٢٧٥) .

(١٠) أي (ع) : [نسلم قالوا] .



انفساخ الإجارة بالموت

- ١٧٤٦٤ - قال أصحابنا : الإجارة تطل بموت أحد المتعاقدين ^(١) .
- ١٧٤٦٥ - وقال الشافعي : لا تنفسخ بموت ^(٢) أحدهما ، وإذا ورث المستأجر وحده فقيه ^(٣) وجهان ^(٤) . [وإذا باع العين المستأجرة من المستأجر فقيه وجهان ^(٥) .
- ١٧٤٦٦ - قالوا : الصحيح فيها أن الإجارة باقية .
- ١٧٤٦٧ - لنا : قوله ~~الشافعي~~ : « إِذَا مَاتَ الرَّءُ انْقَطَعَ عَقْلُهُ إِلَّا مِنْ إِشْدَى ثَلَاثٍ » ^(٦) .
- ١٧٤٦٨ - ظاهره يقتضي أن عقوده كلها ^(٧) تطل بموته ^(٨) إلا ما دل عليه دليل ،
-
- (١) راجع الميسوط (١٥٣/١٥) ، واللباب (١٠٥/٢) ، البدائع (٢٢/٤) .
- (٢) في (٢) : (ع) : [في موت . قال المزني : ولا تنفسخ بموت أحدهما إن كانت الدار قائمة . راجع : مختصر المزني (٨١/٣) الأم (٢٥٥/٣) المهذب (٥٣٣/١) الخاوي ص ٢٨٨ ، فتح العزيز (١٧٨/٣) معي المحتاج (٣٥٦/٢) ويقول الشافعي قال مالك وأحمد وإسحاق . راجع بداية المجتهد (١٧٣/٢) كشف القناع (٥٦٧/٣) .
- (٣) في (٢) : (م) ، (ع) : [فيها] .
- (٤) أفرد الشافعية هذه الصورة بمسألة خاصة بها وكلامهم فيها يحالف ما ذكره المصنف هنا . قال المازري : وإذا استأجر رجل من أبيه دارًا سنة ودفع إليه الأجرة ثم مات الأب المؤجر ، نظر ، فإن لم يكن له غير هذه الابن المستأجر فقط سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكًا للدار ، والمنفعة إرثًا فامتنع بقاء عقده على المنفعة كما لو تزوج أمته لم ورثها بطل نكاحها . . فلو كان للأب ابن آخر انفسخت الإجارة في نصف الدار ، وهو حصة للمستأجر ، ولمرت في حصة الابن الآخر ، ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة في تركه أبيه ، لأنها صارت دينًا عليه . راجع الخاوي ص ٢٢٤ وما ذكره المصنف لم تشر على أحد قال به من الشافعية ، ولا وجه له ، إذ لا معنى لبقاء الإجارة بعد أن ملك العين والمنفعة : ولئن يدفع الأجرة إذا لم يكن ورث غيره ؟
- (٥) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) . ، ومسألة بيع العين المؤجرة من المستأجر تأتي بعد .
- (٦) من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ وقامه . « صَدَقَ بَجَارِيَةٍ ، أَوْ عَلِمَ يُنْتَفَعُ بِهِ ، أَوْ وَلَدَ صَالِحٍ يَنْفَعُهُ »
- (٧) راجع الأدب المفرد للبخاري ص ٣٠ ، مسلم كتاب الوصية ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٢٥٥/٣) ، سنن الترمذي (٦٦٠/٣) رقم ١٣٧٦ ، سنن أبي داود باب ما جاء في الصدقة على الميت (٣٠٠/٣) رقم (٢٨٨٠) ، تلخيص الحبير - الوقف (٧٨/٣) رقم (١٣١١) .
- (٨) في (٢) : (م) ، (ع) : [عقوده] وهو خطأ .
- (٩) ربما كان المراد من الحديث انقطاع إنشاء العقود بالموت وليس أثرها ، إذ المطلوب أن عقد الإجارة وقع في

ولأنه عقد يقصد به المنفعة حال الحياة ، فوجب أن لا يبقى بعد موت من عقد له ووجب ^(١) أن يرتفع إذا مات من عقد له . أصله ^(٢) : النكاح .

١٧٤٦٩ - ولا يلزم الوصية بالمنافع ؛ لأنها ترتفع بموت الموصى له ، فلما موت الموصى فيوجد قبل وقوع العقد فلا يؤثر فيه .

١٧٤٧٠ - ولا يلزم إذا زوّج أمته ثم مات ؛ لأن العقد يقع لها ، بدلالة أن مقاصد النكاح التي تثبت للزوجة تثبت لها ، وإنما يستحق المقر له المهر وليس هو من مقاصده ، ولأنه ينتقل إليها ثم يملكه الولي من جهته كما يملك أكسابه ^(٣) .

١٧٤٧١ - ولا يلزم إذا مات المؤجر وفي الأرض زرع ^(٤) ؛ لأن العقد ارتفع ، وإنما يبقى حكمه ، وتبقى الزرع بالمسمى لا يبدل على بقاء العقد ، لكن التسمية صحت في المانع ابتداء ، فإذا استوفيت على وجه مأذون ؛ تثبت ^(٥) التسمية .

١٧٤٧٢ - فإن قيل : النكاح لا يرتفع بالموت ، لكن مضت المدة المقنونة عليها ؛ لأن النكاح يتوقت بالحياة .

١٧٤٧٣ - قلنا : النكاح لا يتوقت ^(٦) وإنما يتأبد فما حدث ^(٧) مما يقطع التأبد .

١٧٤٧٤ - لا يقال ^(٨) . إن العقد انتهى بوجوده كما لو هلك المبيع قبل القبض ، ولا يقال : إن البيع كان مؤقّتا بذلك .

= حال الحياة ، والانتفاع بمجموعة المؤجر هو أثر العقد المترتب عليه ، ولم يقل أحد بأن أثر العقد الصحيح يظل بالموت . والدليل على ذلك : عقد البيع والهبة وغيرها من المقنونة ، فإن أثر العقد فيها يظل بعد موت أحد المتألفين ولا يتأثر بالموت .

(١) في (ن) : [أو موجب] . (٢) في (م) ، (ع) : [إصلاح] وهو خطأ .

(٣) في (م) : [أكسابه] .

(٤) قال في البدائع : ولو مات أحد من وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد ترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد ، ويكون على المستأجر وعلي وريجه ما سعى من الأجر ؛ لأن في الحكم بالانقضاء وقطع الزرع ضررا بالمستأجر ، وفي الإبقاء من غير عوض ضرر بالوارث ، ويمكن توهم الحقين من غير ضرر بإبقاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر ، فيجب القول به ، وإنما وجب المسمى استحساناً ، والقياس أن يجب أبر المثل لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت ، وإنما بقيناه حكماً فأشبه العقد . راجع البدائع (٢٢٣/٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٦) في (م) ، (ع) : [لا يتوقت بالنكاح] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فما حذف] وهو خطأ .

(٨) في (ص) ، (ن) : [ولا يقال] .



١٧٤٧٥ - يبين هذا أن المبيع كان يجوز أن يبقى فيكون العقد بحاله ، وكذلك كان يجوز أن لا يموت الزوج فيبقى النكاح بحاله .

١٧٤٧٦ - فإن قيل : إذا مات الزوج فالاستباحة ^(١) لا تنتقل إلى الورثة ولا يجوز أن ينتقل الملك فيها حال حياته ، ولا يجوز أن يستوفى له بالنيابة ^(٢) وإن ماتت المرأة تلف المعقود عليه ^(٣) فهو كتلف العبد المستأجر .

١٧٤٧٧ - [قلنا : والمنافع في الإجارة ينتقل الملك من جهة المستأجر لها] ^(٤) ، لأنه يملك المنافع حالاً ^(٥) فحالاً ^(٦) فيملكها المستأجر من جهته ، فإذا مات ؛ لم يحز أن يملك بعد الموت فلم يصح أن يملكها الوارث من جهته ، فسأوت الإحارة النكاح بعد الموت وإن اختلفا ^(٧) في حال الحياة .

١٧٤٧٨ - فإن قيل : الزوج معقود عليه [فيبطل العقد بموته .

١٧٤٧٩ - قلنا : المعقود عليه ^(٨) من جهة الزوج : المهر ، والزوج معقود له كما أن المستأجر يعقد ^(٩) على الأجرة وهو معقود له .

١٧٤٨٠ - فإن قيل : المعنى في النكاح أنه غير لازم من جهة الزوج ؛ فلذلك انفسخ بالموت .

١٧٤٨١ - قلنا : الرهن ^(١٠) غير لازم من جهة المرتهن ، ولا يبطل بموته ولا يموت

(١) في (م) ، (ع) : [بالاستباحة] وهو خطأ .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالنيابة] وهو خطأ .

(٣) وهو استباحة الضع .

(٤) ساقط من (ن) .

(٥) هذا على رأي الأحناف ، فهم يرون أن عقد الإجارة بمثابة عقود منفردة .

(٦) في (ن) : [فحال] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [اختلف] وهو خطأ لأن الضمير عائد على الإجارة والنكاح .

(٨) ساقط من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [يعتقد] .

(١٠) الرهن لغة : الدوام والثبوت والحبس قال تعالى : ﴿ كُلُّ مَتَدٍ بِأَكْتَفَتْ رَبِّهٖ ﴾ سورة المدثر ٣٨ ، أي

مرهونة بمعنى محبوسة ، ويطلق الرهن لغة على العقد ، وعلى الشيء المرهون من باب إطلاق مصدر لزيادة

المفعول وجمعه رهان ، ورهن ورهون . راجع مختار الصحاح « رهن » ٢٨١ ، القاموس المحيط باب الرهن

فصل الرأه (٢٣٣/٤ ، ٢٣٤) . وشرعاً : اختلف الفقهاء في تعريف الرهن تبعاً لاختلافهم في شروطه وما

يصح به . فعند الأحناف : هو جعل الشيء محبوباً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالدبوع . وعند الشافعية

جعل عين متمولة وثيقة يدهى ليستوفى منها عند تعذر وفائه ، وعلى هذا فيكون الدبوع وهو المرتهن والمدن وهو

الراهن ، والرهن عقد له طرفان : طرف لازم ، وطرف جائز . فهو لازم في حق الراهن إذا قبضه المرتهن

وجائز في حق المرتهن بمعنى أنه يجوز له أن يفسخ العقد من جهته إذا شاء ، لأنه قبض الرهن توثيقاً لديه .

الراهن ^(١) .

١٧٤٨٢ - ولأنه يقبل التوقيت فمطلقه يقع على حال الحياة كالوكالة والعارية .

١٧٤٨٣ - فإن قيل ^(٢) : المعنى في الوكالة أنها عقد جائز من الطرفين ، وليس كذلك الإجارة لأنها لازمة من الطرفين .

١٧٤٨٤ قلنا : الرهن لازم من جهة الراهن غير لازم من جهة المرتهن ، ولا يبطل بموت من ليس بلازم من جهته ، كما لا يبطل بموت من هو لازم من جهته ، فسقط اعتبار الزوم في الفسخ .

١٧٤٨٥ - ولأنه عقد يوجب ^(٣) التصرف في العين من غير انتقال ملكها ؛ فوجب أن ينقطع بموت المقود له ؛ كالشركة والمضاربة والوكالة والعارية والنكاح ^(٤) وعكسه البيع . ولأنه معنى ^(٥) ينقضي بانقضاء المدة ، فوجب أن ينقطع بموت المستحق ،

= فإن وثق بذمة الدين كان له أن يسقط هذا الحق الذي جاء الرهن توثيقاً له بل له أن يسقط الدين نفسه ، فكذا الرهن . وليس للراهن ذلك لأن ذمته مشغولة بدين المرتهن والرهن وثيقة لذلك . راجع البسوط (٦٣/٢١) ، المذهب (٤٠٥/١) .

(١) هذا هو رأي الأنحاف ، لكن الشافعية اختلفوا في مسخ الرهن بالموت ، فمهم من قال في المسألة قولان : أحدهما : يفسخ بموتهما ، لأنه عقد لا يلزم بحال فانفسخ بموت العاقد كالشركة والوكالة ، والثاني : لا يفسخ ، لأنه عقد يؤول إلى الزوم كالبيع في مدة الحار ، ومنهم من قال : يبطل بموت الراهن دون المرتهن ، ومنهم من قال : لا يبطل بموت واحد منهما . راجع المذهب (٤٠٥/١) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [موجب] .

(٤) قال الماوردي : راداً هذا القياس : « وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة فمع انقاضه بالوقف فهو إن رده إلى انكاح فالنكاح لم يبطل بالمرت وإنما انقضت مذمته بالموت ، فصار كأنقضاء مدة الإجارة - وقد سبق رد للمنفذ عن مثل هذا الاعتراض - وإن رده إلى المضاربة والوكالة فالعنى فيهما عدم لزومهما في حال الحياة وحوازه فسحقهما بغير عذر ، وليست الإجارة كذلك للزومها في حال الحياة . راجع الحاوي (٢١٦) .

وقال الشيرازي : قالوا : عقد على الخفعة فانفسخ بموت المقود له كالنكاح والعارية والقراض ، قلنا : يبطل إذا زوج أمته ثم مات ، ثم إن النكاح لا يبطل بموت الزوجين بل ينتهي بالموت ؛ لأنه مقود إلى الموت ، فهو كالإجارة إذا انتهت ، وبدا يتعلق به الميراث والمدة وحوازه الفشل ، ثم الزوجان مقود عليهما ؛ ولهذا يجب تمسيهما ، فزواجه من الإجارة أن يؤجر نفسه ثم يموت ، والعاقد منها غير مقود عليه ، فوفاؤه من النكاح أن يزوج أمته ثم يموت ، وأما العارية : فهي إباحة ، ولهذا لا يملك المستعير أخذ العوض عنه ، فهو كالطعام إذا أبيع له ، وهذا تملك ، ولهذا يملك المستأجر أخذ العوض عنه ؛ فهو كالطعام المشتري ، ثم المعنى في العارية والفراض أنهما من العقود الجائزة وهذا من العقود اللازمة ؛ فهو كالبيع . النكت ورقة ١٦٧ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

ولأن ملك المؤجر زال عما أجره ، فتم يجوز استيفاء المنافع بحكم عقده ^(١) أصله : إذا أجره ^(٢) داره في أول رجب ثم مات في ^(٣) أول شعبان .

١٧٤٨٦ - استجوا : بأنه عقد معاوضة محضة ليس لأحد المتعاقدين فسخه بغير عنر ، فوجب أن لا ينفسخ بالوفاة . [أصله : البيع ، ولأنه عقد يملك به ما يملك نقله إلى غيره ؛ فوجب أن لا ينفسخ بالوفاة ^(٤)] . أصله : البيع .

١٧٤٨٧ - قلنا : يبطل إذا مات العبد المستأجر ^(٥) .

١٧٤٨٨ - قالوا : لا يبطل العقد بموته ^(٦) لكن يتلف ^(٧) المقنود عليه ^(٨) بدلالة أنه ^(٩) لو استأجر للخياطة فقطعت يده بطل العقد .

١٧٤٨٩ - قلنا : وكذلك نفعل : إن الإجارة لا تنفسخ بالموت ، وإنما تنفسخ بانتقال الملك في العين المستأجرة ، بدلالة أن المؤجر لو باعها يرضى المستأجر بطل العقد أيضًا .
١٧٤٩٠ - ثم المعنى في البيع أنه عقد على عين ^(١٠) والأعيان تورث ، والإجارة عقد على منفعة والمنافع لا تورث .

١٧٤٩١ - يدل على ذلك : أن من أوصى بجارته لواحد وبحملها لآخر ^(١١) فمات

الموصى / ورد الموصى ^(١٢) له بحمل ^(١٣) الوصية كان الحمل للورثة ، والجارية للموصى له ١١٨/ب

(١) بي (م) : [عقد] . (٢) في (م) ، (ع) : [أجر] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) . (٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) أي إذا مات العبد المستأجر للخدمة بطلت الإجارة ، والحق أن هناك فارق بين موت العبد هنا وبين موت أحد العاقدين ؛ لأن العبد هنا مقنود على سائقه ، فهو بمثابة النار المؤجرة إذا انهدمت ، وهذا عيب تنفسخ به الإجارة باتفاق خلافاً لموت أحد العاقدين فالعين والمنفعة كلاهما لا تخلل به .

(٦) راجع مبني المحتاج (٢ / ٣٥٦) ، للمذهب (١ / ٥٣٣) ، الحارثي ص (٢١٢) .

(٧) تلف بالنسخ وصوابها ما أثبتناه : [يتلف] .

(٨) قاله الماوردي ردًا على قول المصنف : يبطل إذا مات العبد المستأجر ، فقال : فإن قيل يقضه موت من أجر نفسه لم يصح ؛ لأن العقد إنما يبطل بتلف المقنود عليه لا بموت الماقد ، ألا تراه لو كان حيًا ففرض بطلت الإجارة ، وإن كان الماقد حيا . الحارثي ص (٢١٢) .

(٩) ساقط من : (ن) . (١٠) في (ن) : [غير] .

(١١) في (ن) ، (م) ، (ع) : [وتحملها الآخر] وهو خطأ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [للموصى] .

(١٣) كنا في (ص) ، (ن) وفي (م) ، (ع) : [لها بحمل] واعتقد أن كلاهما خطأ والمصواب [بحملها] .

برقيتها . ولو أوصى لرجل بجاريته وبخدمتها لآخر فمات الموصي ورث الموصى له بالخدمة^(١) الوصية كانت المساق للموصى له بالرقبة . ولو كانت المنافع تورث كما أن العين تورث لاستحق^(٢) الورثة الخدمة كما استحقوا الحمل^(٣) ، أو نقول : المعنى في البيع : أن العقد لا يفسخ فيه بتلف المعقود عليه بعد القبض^(٤) فلم نسلم أنه^(٥) يفسخ بالموت ، والإجارة تمسخ بتلف المعقود عليه بعد قبض العين المستأجرة ، فكذلك انفسخ بالموت^(٦) . ١٧٤٩٢ - قالوا : عقد على منفعة ليس له فسخه من غير علم ، فوجب أن لا ينسخ بوفاته . أصله : النكاح^(٧) .

١٧٤٩٣ - قلنا : يبطل إذا زوج أمته من وارثه فمات المولى وورثها^(٨) الزوج . ١٧٤٩٤ - فإن قالوا^(٩) : لا ينسخ النكاح بموت المولى لكن يملك الزوج لها . ١٧٤٩٥ - قلنا : كذلك نقول في الإجارة إنها لا تبطل بالموت ، وإنما تبطل بانتقال الملك في الرقبة على ما قررنا . والمعنى في النكاح : أنه أجرى مجرى العقد على العين ، ولهذا لا يقبل التوقيت ، والأحيان لا يبطل العقد^(١٠) عليها بالموت ، والإجارة عقد على المنافع ، والعقود المختصة بالمنافع تبطل بالموت كالعارية .

١٧٤٩٦ - ولأن عقد النكاح يقع للأمة ، بدلالة أن مقاصد المرأة من النكاح تحصل نها وتعتق^(١١) فلا يبطل العقد مع زوال ملك المولى ، والمهر إنما يملكه المولى من جملتها ، فلما وقع العقد لها لم يبطل بموت العاقد كما لا تبطل الإجارة بموت الوكيل ،

(١) في (ن) : [الخدمة] . (٢) في (م) ، (ع) : [لاستحق] .

(٣) راجع المبسوط (١٥٤/١٥) . وجاء في نهاية المحتاج ما يشير إلى أن المنافع تعود للورثة أيضاً لا إلى مالك فرقة . قال : والمنهج مما لو أوصى بمنفعة عبد لزيد وبقية لآخر فرد زيد الوصية رجوع المنافع للورثة . ه نهاية المحتاج (٣٢٨/٥) .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) أجاب الماوردي على هذا القياس قائلاً : ولما الجواب عن قياسه على انهزام الدار وهو معنى كلام المصنف ما أن الإجارة تمسخ بتلف المعقود عليه بعد قبض العين ، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود عليه ، قبل قبضه . انتهى ص ٢١٦ . ويقصد الإمام الماوردي بذلك أنه لما انتهت الدار لتعلق استيفاء المنفعة المعقود عليها لهلاك العين ، ومن المعلوم أن المعقود عليه في الإجارة إنما هو المنفعة لا العين خلافاً للبيع ، فإن المعقود عليه هو المبيع . (٦) قال الماوردي في الحاوي : عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته . انظر الحاوي (٢١٢)

(٨) في (م) ، (ع) : [ورثها] . (٩) في (م) ، (ع) : [قلنا] وهو خطأ .

(١٠) في (ن) : [في العقد] . (١١) في (ن) : [ويحق] وهو خطأ .

وليس كذلك الإجارة ؛ لأنها وقعت للمولى ، وعقود المنافع تبطل بموت من وقع له العقد كالعارية والمضاربة ^(١) .

١٧٤٩٧ - قالوا : عقد على منفعة عين ليس له فسخه ^(٢) من غير عذر ، فوجب أن لا يفسخ بوفاته . أصله : الناظر ^(٣) في الوقف إذا أجره ثم مات ^(٤) .

١٧٤٩٨ - قلنا : العقد لم يقع للمولى وإنما وقع لغيره فلا يبطل بموت من لم يقع العقد ^(٥) له ^(٦) ، والعقد على المنفعة يبطل بموت من عقد له كالعارية .

١٧٤٩٩ - قالوا : عقد لازم على ما يجري فيه الإرث ، فوجب أن لا يبطل بموت العاقد وينتقل المعقود عليه إلى الوارث ^(٧) . أصله : البيع .

١٧٥٠٠ - قلنا : لا نسلم أنه لازم ؛ لأنه يفسخ عندنا بغير عذر ، وهذا يمنع اللزوم ^(٨) ، ولا نسلم أن العقد وقع على ما يجري فيه الإرث ؛ لأن المنافع لا تورث عندنا ، وقد يثبت ذلك ^(٩) والمعنى في البيع أنه يقع على الأعيان ، والأعيان تنتقل بالعقد وبالموت . والإجارة تقع على المنافع وهي لا تنتقل بالموت ؛ بدلالة أن سبب ملكها لا بد أن يضاف إلى أوقات حدوثها في المستقبل ، فإذا سمي شهراً ملك ذلك الشهر ، والميراث ينتقل بالموت وبالموت لا يجوز أن يصيف الملك إلى أوقات مستقبله ، وإنما

(١) قال الشيرازي : وأما العارية : فهي إباحة ، لهذا لا يملك المستعير أخذ العوض عنه ، كالطعام إذا أبيع له فلا يكون له تملكه ، لكن يملك المستأجر أخذ العوض عنه فهو كالطعام المشفوي ، ثم للمنى في العارية والقراض أنها من العقود الجائرة ، وهذا من العقود اللازمة ؛ فهو البيع . التكت ورقة ١٦٦ .

(٢) في (م) ، (ح) : [نفيه] وهو خطأ .

(٣) في (ن) ، (م) ، (ن) : [النظر] وهو خطأ وناظر الوقف هو القائم على أمره .

(٤) قال الماوردي : إنه عقد إجارة يمكن استيفاء المنفعة فيه ، فوجب ألا يبطل بموت المؤجر كالوقف . انظر الحاوي ص ٢١٥ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) له ؛ غير موجودة بالنسخ ، وقد زدناها فتكون العبارة فلا يبطل بموت من لم يقع العقد له .

(٧) راجع مني المحتاج (٣٥٦/٢) ، الحاوي (٢١٣) .

(٨) هنا يحالف ما عليه مذهب الأحاف ؛ فإن عقد الإجارة عديم عقد لازم ليس لأحد العاقد فسخه من غير عذر ، والذي قال بأن العقد فيها جائز هو شريع ، قال في الأصل : عن شريع من استأجر بيتاً معنى ألقى مفاتيحه إلى صاحبه فهو بريء من الإجارة ، وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك إلا من عذر . راجع لأصل محمد بن الحسن محطوط بدار الكتب المصرية رقم ٣٤ ميكرو فيلم رقم ٣٦٥٩١ ورقة ٢٧ .

(٩) يقصد بذلك قوله السابق : إذا أوصى بعبده لفلان وسخدمته لآخر فرد الموصى له بالخدمة الوصية ملكها الموصى له بالرقبة وليس الورثة ؛ لأن المنافع لا تورث .

يصح ذلك في العقود^(١) فلهذا لا تنتقل المنافع بالموت ، وأما الأعيان : فبسبب ملكها لا يجب إضافته إلى^(٢) وقت مستقبل فصيح أن يملك بالموت .

١٧٥٠١ - قالوا : حق المرتهن يتعلق بعين الرهن ويستوفى الحق من ثمنه ، ولا يزول ملك المالك عن رقبته ، كما أن حق المستأجر يتعلق برقبه الدار يستوفى حقه فيها ولا يزول ملك المكبري عن رقبته ثم^(٣) لم يفسخ الرهن بموت المراهن^(٤) كذلك الإجارة^(٥) .

١٧٥٠٢ - قلنا : عقد الرهن في حكم العقد على الأعيان بدلالة أنه لا يقبل التوقيت^(٦) ويصح مع الإبهام ، وعقود الأعيان [لا^(٧)] تبطل بالموت ، والإجارة عقد على المنفعة بدلالة قبله^(٨) للتوقيت قبطل بالموت كالعارية .

١٧٥٠٣ - ولأن الرهن يعقد لقضاء الدين ؛ فإن مات المراهن [قضى الدين واحد]^(٩) عن وارثه ، فلم يبطل عقد القضاء بموته ، فأما الإجارة فتتمدد لاستيفاء المنافع ، والموت يؤثر^(١٠) في عقود المنافع بدلالة ما قلنا .

١٧٥٠٤ - قالوا : المنافع تملك بالوصية ، وما ملك بالوصية ملك بالميراث كالأعيان^(١١) .

(١) في (م) ، (ع) : [للعقود] . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) . (٤) في (ن) : المراهن وهو خطأ .

(٥) قال الماوردي : « ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد تستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى ، فلما كان ما تستحق منفعة ارتهاه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه ؛ وجب أن يكون ما استحققت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته . وقد استدلل الشافعي بهذا في الأم أيضا . راجع : الأم (٢٥٥/٢) .

(٦) قال في البدائع وهو يعدد شرائط الرهن : وأما الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون مطلقا بشرط ، ولا مضافا إلى وقت ؛ لأن في الرهن والارتهاه معنى الإبقاء والاستيفاء ، فيشبه البيع ، وأنه لا يستعمل التعليق بشرط لإضافة إلى وقت كذا . البدائع (١٣٥/٦) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) . (٨) ساقط من (ن) .

(٩) كذا بالنسخ ولعل صوابها [قضاء الدين واجب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [مؤثر] .

(١١) جاء في الأم : الرجل يوصي للرجل برقبه داره ، ولا عرائن ينزلها في كل سنة عشرة أيام ، ثم يموت الموصى له برقبه الدار ، فيملك وارثه الدار ، فإن أراد منع الموصى له بالنزول قبل . ليس ذلك لك ، أت للدار مالك ، ولهذا شرط في النزول ، ولا تملك عن أهلك إلا ما كان يملك ، ولا يكون لك فيها أكثر مما كان له راجع الأم (٢٥٦/٣) .

١٧٥٠٥ - قلنا ^(١) : الثمرة ^(٢) المعدومة تملك بالوصية ، ولا يجوز أن تملك الثمرة المعدومة بالميراث .

١٧٥٠٦ - ولأن الوصية عقد بيع بعد الموت ، والمالك في الرقبة ينتقل بالموت ، فيستحق المنفعة ابتداء مع حصول الرقبة للوارث ^(٣) فلذلك لم يؤثر في هلاكها موت الموصي ، والمنفعة في الإجارة عقدت على ملك المُوَجَّر ؛ فموته يؤثر فيها .

• • •

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [كالتسرة] .

(٣) في (ن) : [الوارث] .



مدة الإجارة

١٧٥٠٧ - قال أصحابنا : تجوز الإجارة أكثر من سنة ^(١) .

١٧٥٠٨ - وقال الشافعي في أحد أقواله : لا تجوز أكثر من سنة . و ^(٢) ما زاد على السنة ، قالوا : فيه قولان : أحدهما : تجوز ما شاء ، والآخر : لا ^(٣) تجوز أكثر من ثلاثين سنة ^(٤) .

١٧٥٠٩ - وأما إذا ^(٥) أجر الشيء مدة لا يبقى إليها ، مثل : أن يؤجر عبده على ^(٦) مائتي سنة ؛ فلا يجوز عندهم قولاً واحداً ^(٧) .

(١) وافق الأحناف جمهور الفقهاء عند الشافعي . راجع البدائع (١٨١/٤) ، الهداية (٧/٨) ، بداية المجتهد لابن رشد (١٧١/٢) ط دار الفكر ، الشرح الصغير (٣٠٧/٣) ط للمعاهد الأزهرية ، المغني (٥/٤٣٧) .

(٢) ساقط من (ن) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) ينظر المصنف هنا مع صاحب الحاوي الذي رد الأقوال في الزائد على السنة إلى قولين . أحدهما : لا يجوز أكثر منها ؛ والثاني : يجوز ، ثم جعل ما اعتبرته عامة كتب الشافعية قولين تفسيراً للجواز ، وهما : ما شاء ، والآخر : ثلاثين سنة . قال الماوردي : وللشافعي فيما زاد على السنة قولين . أحدهما : لا تجوز أكثر من سنة .. والثاني : وهو أصح القولين أن الإجارة تجوز أكثر من سنة ، قال الشافعي هنا « أي في الإجارة . ثلاثين سنة : وقال في كتاب الدعوى والبيات : ما شاء . راجع الحاوي ص ٢٥٠ . وما سارت عليه كتب المذهب الشافعي من اعتبار أقوال الشافعي في المسألة ثلاثة أقوال أولى مما سار عليه الإمام الماوردي والقنطوري . والحاصل أن للشافعي في هذه المسألة ثلاثة أقوال : أحدها : موافق لرأي الجمهور لا حد لأكثرها ، والثاني : تجوز ثلاثين سنة . والثالث : لا تجوز أكثر من سنة . جاء في المذهب : واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقطة ، فقال في موضع : سنة ، وقال في موضع : يجوز ما شاء ، وقال في موضع : يجوز ثلاثين سنة . فمن أصحابنا من قال فيه ثلاثة أقوال : [أحداها لا تجوز بأكثر من سنة ؛ لأنه عقد على غير أجزير للحاجة ، ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة ؛ لأن مافع الأعيان تتكامل في سنة . والثاني : تجوز ما بقيت العين ؛ لأن كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها ، كالكسابة والبيع إلى أجل ، والثالث : أنه : لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ؛ لأن الثلاثين شطر العمر ، واعتبار الأقوال ثلاثة أو قولين عند الشافعية لا يترتب عليه ثمرة ؛ لأن وجهة نظر المذهب محصورة فيها على أي حال . راجع المذهب (١٥٣/١) ، معني المحتاج (٣٤٩/٢) ، نهاية المحتاج (٣٠٦/٥ ، ٣٠٥/٥) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) . (٦) ساقطة من (ن) .

(٧) قال في فتح العرير : قال معظم الأصحاب : يجب أن تكون المدة بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً ، فلا يؤخر المدد أكثر من ثلاثين سنة ، والدابة إلى عشر سنين ، والثوب إلى ستين أو سنة على ما يليق به =

١٧٥١٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قَالَ إِنِّي أُبْرِدُكَ الْكَفَّاتِ لِحَدِّكَ لِحَدِّكَ هَتَّيْ عَنَّا أَن تَأْتِيَنِي نَفْيَ جِجَاجٍ فَإِنِ اتَّصَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ^(١) وما جاز في شرعية من قبلنا فهو جائز في شرعنا إلا أن يمنع منه دليل ^(٢) .

١٧٥١١ - ولأنها مدة معلومة فجاز عقد الإحارة عليها : أصله السنة . ولأن كل مدة جاز أن تكون أجلًا في الديون جاز أن تكون مدة في ^(٣) الإحارة كالسنة . ولأنه عقد يحوز أن يشترط فيه مدة سنة فجاز أن يشترط ما زاد عليها ، كالبيع والكتابة ^(٤) .

١٧٥١٢ - احتجوا : بأن القياس يجمع الإحارة لأنها تتمتع على منافع معدومة ^(٥) وإنما يجوزناها للضرورة ، فوجب أن يجوز منها مقدار ما تدعو إليه الضرورة ، ^(٦) وذلك سنة ؛ لأن في الإحارات ما لا يتكامل منافعها إلا في سنة ، وهو الأرض المستأجرة للزراعة ، وما زاد على ذلك لا تدعو الحاجة إليه ^(٧) .

١٧٥١٣ - قلنا : هذا كلام من يرى تخصيص العملة ^(٨) ، والشافعي ^(٩) لا يقول

= والأرض إلى مائة أو أكثر . راجع فتح العزيز (٣٣٦/١٢) وقد فسر في معنى المحتاج الحكم إذا راد على هذا الحد ، فقال : « فلو أجره مدة لا تبقى إليها غالبًا فهل يطل في الزائد فقط ؟ أقول : القياس نعم ، وتفرق الصفة » . معنى المحتاج (٣٠٥/٢) . ومعنى هذا : أنه لو أجره الشيء مدة لا يبقى المقنود عليه إليها غالبًا فإنه يصبح فيما يبقى ويطل في الزائد . (١) سورة القصص : الآية : ٢٧ .

(٢) هذه مسألة خلافية بين العلماء ، وهي التبعيد بشرع من قبلنا ، والأصل فيها الخلاف في أنه عليه السلام هل كان متبعيدًا بشرع من قبله أم لا ؟ وهو لا يحلوا من إحدى حالتين : قبل النبوة ، أو بعدها أما بعد النبوة . فبعد النبوة والمعتزلة وكثير من الفقهاء أنه لم يكن متبعيدًا بشرع أحد . وقال قوم من الفقهاء : بل كان متبعيدًا بذلك إلا ما استثناه الدليل السامع ، ثم اختلفوا فقال قوم : كان متبعيدًا بشرع إبراهيم ، وقبل بشرع موسى ، وقبل بشرع عيسى . أما قبل النبوة : فقد أثبت قوم ، ونفاه آخرون ، وتوقف فيه فريق ثالث . راجع المحصول (٥١٨/١) ، والإحكام (١٩٠/٤) .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) في (ص) (م) ، (ع) : [الإحارة] وهو خطأ .

(٥) في (ن) : [معلومة] وهو خطأ .

(٦) راجع المذهب (١٥٣/١) ، معنى المحتاج (٣٤٩/٢) ، الحاوي (٢٤٩) .

(٧) قال الأسنوي : تخصيص العملة جورة بعضهم ، ورسمه الشافعي وجبهور المخففين . راجع التمهيد للأسنوي ص (٣٦٨) ، المحصول (٥٦١/٢) ، شرح البدخشى لمحمد بن الحسن البدخشى (٧٩/٢) ط محمد علي صبيح . وتخصيص العملة مناه : إذا وجد فرع علة الأصل وقد حكم الأصل به ، فهل يثبت ذلك على فساد العلة وانتفاضها أو يثبتها علة ولكن بخصيصها بما وراء موقعها ؟ فقال قوم : إنه يقضى له وبفسادها وبين أنها لم تكن علة ولو كانت حلة لا طردت ووجد الحكم حيث وجدت . وقال قوم : تبقى علة =

بذلك ، ثم الحاجة قد ^(١) تدعو إلى ما زاد على السنة ، لأن المستأجر الأرض للزراعة يعمرها في السنة الأولى ، وقد لا يتكامل انتفاعه بها ، فهو يعقد على أكثر من سنة ليحصل له الانتفاع بما ^(٢) عمره في السنة الأولى ويستأجر ^(٣) ويكره أن ينتقل ^(٤) منها كل سنة ، فيعقد على أكثر من ذلك ليحصل له الغرض [بالاستقرار] ^(٥) .

١٧٥١٤ - واحتجوا ^(٦) لقول الذين قالوا ثلاثين سنة بأنها نصف العمر ، فإذا أحرعتمن فيها في الغالب . [قلنا] ^(٧) : فتزيد ^(٨) الأجرة أو تنقص أو تخرب الدار ؛ [قلنا] اختلاف السعر في « المفقود » ^(٩) عليه لا يؤثر في العقود ، وأما خراب الدار إذا حدث . فثبت ^(١٠) للمستأجر الخيار كما لو حدث قبل هذه المدة .

١٧٥١٥ - قلنا : إذا عقد مدة لا يبقى المفقود عليه فيها غالباً فمن أصحابنا من أجاز العقد ، وعلى قوله يستمر العمل ^(١١) ، ومنهم من قال : لا يجوز ذلك ^(١٢) .

« مما وراء التقض وتختلف الحكم عنها بحصصها ، ومثل الملة المخصصة : إيجاب صاع من التمر في لبن للصرة ، فإن علة إيجاب اللبن في المليات الملتفة تحت الأجزاء ، والشرح لم ينقض هذه العلة إذ عليها تمرلنا في الضمانات ، لكن استثنى هذه الصورة .. وكذلك صدور الجناية من الشخص علة وجوب الرامة عليه ، فزود الرامة على العاقلة لم ينقض هذه العلة ، ولم يفسد هذا القياس ، لكن استثنى هذه الصورة فتخصص العلة بما ورايعا . راجع المستصفي للإمام الغزالي (٣٣٧/٢) ط الكتب العلمية بيروت .

(١) في (م) ، (ع) : [وقد] .

(٢) في (ن) : [بها] .

(٣) كذا بالسسخ ولعل صوابها [واستأجره] أو تكون زائدة .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقل] .

(٥) « باستقرار » هو ما جاء في السج ، ولعل صوابها ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [احتجوا] راجع احتجاجهم في المهذب (١٥٣/١) ، فتح العزيز (٣٣٤/١٢) ، والحاوي ٢٥٢ . (٧) زائدة .

(٨) في (م) ، (ع) : [خرد] وهو خطأ . (٩) في (م) ، (ع) : [العقود] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ثبت حدث] . (١١) في (ن) : [لعل] .

(١٢) قل في اتعانية شرح الهداية : وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد المتعاقدين فمنهم من يذهب ، لأن الضر في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة ، والظن مثل الثين في حق الأحكام ، فصارت الإجارة مؤبدة معنى ، وثأيد يطلها . وجوزة آخرون منهم الحصاص ؛ لأن العرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين ، وأنه ينصى التوقيت ، ولا مضير يموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة ؛ لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإسكان عالتا ولم يعتبر ، كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة فإنه متعة ، ولم يجعل بمنزلة التأيد ليصح الكاح ، وإن كاد لا يعيش إليها عالتا ، وجعل ذلك نكاحاً مؤقتاً ، اعتباراً للصيغة . العاية (٨١/٨) .

١٧٥١٦ - واحتج المخالف في هذا الفصل بأن قال : لو أجر عبده مدة ^(١) حياته لا يصح فإذا أجره أكثر من ذلك أولى ^(٢) أن لا يصح

١٧٥١٧ - وهذا غلط ؛ لأن المقد على مدة حياته عقد على مدة مجهولة ، والمقد على ما زاد على ذلك عقد على مدة معلومة . بين ذلك : أنه لو أجره ^(٣) عمره لم يصح ، ولو أجره ^(٤) مدة لا يبقى إليها جاز ، ثم لا يصح أن يقال : إذا أمكن أن يؤجر ^(٥) عمره فما زاد على ذلك أولى .

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) في (ص) ، (ن) : [أدى إلى] .

(٣) في (ن) : [أجله] .

(٤) في (ن) [أجله] .

(٥) في (ن) : [يؤجله] .



تقسيم الأجرة على عدد السنين

١٧٥١٨ - قال أصحابنا : إذا أجر داره أو أرضه عدة ^(١) سنين جاز ، وإن لم يسم حصه ^(٢) كل سنة من الأجرة ^(٣) .

١٧٥١٩ - وقال الشافعي على القول الذي جوز العقد على ما زاد على السنة في وجوب تفصيل الأجرة قولين : أحدهما : لا يجوز حتى يبين حصه ^(٤) كل سنة ^(٥) .

١٧٥٢٠ - لنا : أن كل مدة صحت فيها الإجارة لم يفتقر العقد إلى تقسيم الأجرة على أجزائها كالسنة ^(٦) ولأن السنة بعض مدة الإجارة فلا ^(٧) يفتقر إلى ذكر حصه من الأجرة كالشهر من السنة ، ولأن الأجرة معلومة ؛ فوجب أن لا يبطل العقد لجهالة الحصه .
١٧٥٢١ - أصله : إذا استأجر شهرا ^(٨) .

(١) في (م) ، (ع) : [عدد] . (٢) في (م) ، (ع) : [حصه] .

(٣) ما تعرضت له كتب الأحناف هو إجارة السنة من غير تقسيم الأجرة على شهورها ، ويبدو أنهم لم يعرفوا بين إجارة السنة وإجارة السنين لجوازهما عندهم ، فاعتبروا الشهر من السنة كالسنة من السنين . ومن المعلوم أن المالكية والخنابلة وافقوا الأحناف في جوازها لسنين كثيرة ، وكذا في هذه المسألة لأنها فرع السابقة . راجع . الباب (٩٩/٢) ، بداية المجهد (١٧١/٢) ، حاشية اندسوقي والشرح الكبير (١١/٤) ، المغني (١٣٧/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦٤/٢) .
(٤) في (م) : [حصته] .

(٥) والقول الثاني كقول الأحناف لا يجب ذكر قسط كل سنة ، قال في المذهب : وإن ساقاه إلى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ؛ لأن شهور السنة لا تختلف متانها . وإن ساقاه إلى سنين فقه قولان : أحدهما : لا يجب ذكر قسط كل سنة ، كما إذا اشترى أميانياً بدين واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها . والثاني . يجب لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم يؤمن أن ينسخ العقد ، فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض ، ومن أصحابنا من قال القولين في الإجارة . فأما في المساقاة : يجب ذكر قسط كل سنة من العوض ؛ لأن الثمار تختلف باختلاف السنين ، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين . المذهب (١٥٣/١) ، الحاوي ص (٢٥٧) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) . (٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولا] .

(٨) هذا باتفاق المذاهب ؛ فقد أجمعوا على أن الإجارة إن كانت على سنة لا تحتاج إلى ذكر قسط كل شهر ، وكذا إن كانت على شهر فلا تحتاج إلى قسط كل يوم ، لأن المنافع متشابهة ، وفي اشتراط تقسيمها خرج شديد . راجع الباب (٩٩/٢) ، المذهب (٥١٣/١) ، بداية المجهد (١٧٠/٢) ، المغني (٤٣٧/٥) .

١٧٥٢٢ - احتجوا : بأن الإجارة تقع مترتبة منتظرة معرضة ^(١) للفسخ ؛ لأن المكزي ^(٢) قد يهلك فيبطل عقد الإجارة فيحتاج المكري أن يرد حصته ما بقي من المدة ويلزم المكري حصته ما نكر ^(٣) ، وذلك يختلف اختلافاً شديداً فيتملر الوصول إليه ، فلهذا كان ذكره شرطاً وليس هذا كالسنة الواحدة ؛ لأن الأجرة لا تختلف فيها [في] ^(٤) العادة ^(٥) .

١٧٥٢٣ - وال جواب : أن المنافع في السنين متماثلة ، فالأجرة تسقط عليها بالأجزاء كما تنقسط أجرة السنة على شهورها ، وأجرة الشهر على أيامه ، ولهذا قال أبو حنيفة ^(٦) في رأس مال السلم : لا ينقسم عليه بالأجزاء فيصير معلوماً بنفس العقد ^(٧) .

(١) بي (م) ، (ع) : [معرضة] ، وفي غيره ما : معرضة .

(٢) بي (ن) : [الكراه] والمراد به العين المؤجرة .

(٣) كذا بالنسخ و (نكر) الشيء : صلب واشتد . و (نكر) الشيء : غيره بحيث لا يعرف ، والمراد ما لم يوفه من مدة الإجارة .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) قال الماوردي : « ووجه ذلك : أن عقد الإجارة غير منبرم بخلاف بيع الأعيان للمبرمة ، لردده بين السلامة والعطب ما لم يذكر قسط كل سنة منها ، وأجور السنين قد تختلف فيتعذر العلم بقدر ما يستحق الرجوع به من الأجرة عند انتقاض الإجارة في بعض المدة ، وليس كذلك شهور السنة للمساواة غالباً . راجع الحارثي (٢٥٨) ، المهذب (٥١٣/١) .

(٦) جاء في البدائع : ولو أسلم عشرة دراهم في توبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد جاز السلم بالإجماع ، ولو لم يبين حصته كل واحد منهما من رأس المال ، ولو حل الأجل له أن يبيعهما جميعاً مرابحة على العشرة بلا خلاف . فإن باع أحدهما مرابحة على حصته لم يجر عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز . ثم علل أبي حنيفة بأن المقبوض ليس عين المسلم فيه ، لأن المسلم فيه دين حقيقة وقص الدين لا يتصور . فلم يكن المقبوض مملوكاً بمقد السلم بل بالتبض ، فكان التبض بمنزلة إنشاء العقد كأنه اشتراءهما جميعاً ابتداء ولم يبين حصته كل واحد منهما ثم أراد أن يبيع أحدهما . راجع البدائع (٢٢١/٥)



تأجير المستأجر العين لصاحبها الذي أجرها له

١٧٥٢٤ - قال أصحابنا : لا يجوز للمستأجر أن يؤجر ^(١) العين المستأجرة من المؤجر ^(٢) .

١٧٥٢٥ - وقال الشافعي رحمه الله : يجوز بعد قبض العين وجهاً واحداً ، وقيل قبضها فيه وجهان ^(٣) .

١٧٥٢٦ - لنا : أنه عقد يختص بالمنفعة ، فلا يجوز أن يعقد مالك العين . أصله : المضاربة والعارية ، ولهذا قال أصحابنا : لا يجوز للموصي له بالمنفعة أن يؤجر العين من الورثة ^(٤) .

(١) في (ص) : [يؤجر] .

(٢) الخلاف في هذه المسألة في إجارة المستأجر العين للمؤجرة للمالك العين . أما لغيره فلا خلاف على جوازها بعد القبض . وراجع الدر المختار (٩١/٦) ، المذهب (٥٢٧/١) ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦١/٢) . مع ملاحظة أن الملكية ولخاتمة يجوزون الإجارة من المؤجر ومن غيره قبل القبض وبعد نفس السعر ، أو مع زيادة عليه ، أو نقص منه كل ذلك سواء .

(٣) بل ثلاثة أوجه ، قال في المذهب : « وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها ؛ لأن الإجارة كالبيع ، وبيع المبيع يجوز بعد القبض ، فكذلك إجارة المستأجر ، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البيع وغيره . وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه إحداها : لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض . والثاني : يجوز لأن العقود عليه هو المانع ، والمانع لا يصير مقبوضة قبض العين فلم يؤثر فيها قبض العين . والثالث : أنه يجوز إيجارها من المؤجر لأنها في قبضته ، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته . المذهب (٥٢٧/١) أما الوجهان فهما في إيجارها من مؤجرها بعد القبض ، لا قبله . يدل على ذلك ما ذكره الماوردي : « وإذا استأجر الرجل داراً ثم أراد أن يؤجرها بعد قبضها ما بقي له من مدة إيجارته نظر ، فإن أجزأها من غير مؤجرها جاز ، سواء أجزأها بمثل الأجرة ، أو بأقل ، أو بأكثر ، أحدث فيها عمارة أو لم يحدث . وإن أجزأها من مؤجرها ففي جواز الإجارة وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في المانع ، هل تحدث على ملك المؤجر أو على ملك المستأجر فأحد الوجهين : أنها تحدث على ملك المؤجر ، فعلى هذا لا يصح أن يسأجر ما أجزأه . والوجه الثاني : أنها تحدث على ملك المستأجر فعلى هذا يجوز أن يؤجر من المؤجر . الخواص (٢٦٧) وقد نرى مما سبق أن المصنف نقل الوجهين في إيجارها بعد القبض لا إيجارها قبل القبض .

(٤) في (٢) ، (ع) . [المورثة] ولما لم يجر ذلك ؛ لأن الإجارة تقع مقصد استئجار سعة العير وليست العين مقصودة أصلاً ، وهنا النعمة مملوكة للمستأجر بالصيغة فيتمتع استئجارها بعد الإجارة .

- ١٧٥٢٧ - ولأنه ^(١) عقد لا يزيل الملك عن العين ، فلا يملك به مثله مع ملكها .
أصله : البيع المشروط فيه الخيار والرهن ^(٢) .
- ١٧٥٢٨ - ولأنه عقد يقصد به الاستيفاء ، فلا يعقد للمالك العين كالرهن ^(٣) .
- ١٧٥٢٩ - استجوا : بأن كل عقد صح مع الأجنبي صح مع العاقد ، أصله البيع ^(٤) .
- ١٧٥٣٠ - قلنا : البيع من / البائع في حكم البيع من الأجنبي ؛ لأن من يقع له ١١٩٩ :
العقد غير مالك للمعقود عليه ولا لما يستوفى منه ^(٥) .
- ١٧٥٣١ - والإجارة يعقدها ^(٦) مع المالك للعين التي يستوفي المنفعة منها ، فلذلك
لم يصح العقد .
- ١٧٥٣٢ - ولأن المبيع يحوز بيعه من البائع إذا أمن بهلاكه ففسخ ^(٧) المعدين ^(٨)
ومتى لم يؤثر ^(٩) ذلك لم يجز البيع كما قبل القبض .
- ١٧٥٣٣ - ولهذا نقول : إن بيع العقار من البائع قبل القبض جائز ؛ لأنه أمن فيه
فساد [العقد الأول ، فأما الإجارة : فإنها تعقد على المنفعة من المؤجر ، والعقد الأول
يتعرض للفسخ] ^(١٠) ؛ فصار كبيع المشروط فيه الخيار من البائع .
- ١٧٥٣٤ - ولأن المنافع إذا تلفت كان تلفها فسخاً ، فلم يجز أن يعقد عليها العاقد ،

(١) أي عقد الإجارة .

(٢) البيع المشروط فيه الخيار : الملك فيه للبائع في مدة الخيار إذا كان الخيار للبائع ، ولشائني فيه ثلاثة أقوال :
أحدها : أنه ملك للمشتري يقل إليه بنفس العقد . والثاني : أنه باق على ملك البائع ولا يملكه المشتري إلا
بعد انقضاء الخيار من غير فسخ . والثالث : أنه موقوف فإن تم البيع كان للمشتري ، وإلا فهو باق على ملك
البائع . راجع الباب (١٢/٢) ، المهذب (٣٤٥/١) .

(٣) أجاب البيهقي قائلًا : قلنا إنه بمنزلة العقد المريل للملك عن العين ، ولهذا يملك به العقد مع غير العاقد
كما لو تملك في العقد ، على العين بخلاف ما قاسوا عليه . راجع التكت ورقة ١٦٧ .

(٤) المهذب (٥٢٧/١) ، والكت للموضع السابق ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦١/٢) .

(٥) وذلك لأن العقد في البيع يقع على العين خلافاً للإجارة فإنها واقعة على منافع العين .

(٦) أي للمستأجر .

(٧) وإنما أمن الفسخ ؛ لأن الهالك هالك على ملك صاحبه .

(٨) عقد البيع الأول والثاني .

(٩) كذلك بالنسبة ولعل صوابها [يؤمن] لأنها عكس الأولى .

(١٠) ساقط من (ن) والعقد الأول يتعرض للفسخ كما إذا هدم الدار المؤجر متلاً فإن الإجارة تفسخ لعوات المنفعة .

كالمبيع المنقول^(١) قبل القبض . وليس كذلك المبيع القبريض ، لأن ملكه لا يوجب فسحا ، فجاز أن يعقد عليه مع الماقد الأول . وتنقض العلة بالبارية إذا أذن المالك للمستعير أن يعيرها^(٢) جاز مع الأجنبي ولم يجز مع المالك ، فكل ذلك المضاربة إذا أذن المالك للمضارب أن يدفعها إلى غيره .

• • •

(١) في (م) ، (ع) [كالباع المفعول] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بنهرها] وهو غطاً .



إجارة الماحور

- ١٧٥٣٥ - قال أصحابنا : لا يجوز للمستأجر أن يؤجر قبل قبض العين ^(١) .
- ١٧٥٣٦ - وقال أصحاب ^(٢) الشافعي : إذا أجز من الأجنبي فيه وجهان : وإن أجز من المؤجر فإذا جاز من الأجنبي فالمؤجر أحوز .
- ١٧٥٣٧ - وإذا قلنا : لا يجوز من الأجنبي ففي المؤجر وجهان ^(٣) ..
- ١٧٥٣٨ - لنا : أن كل حالة لا يجوز العقد على المبيع المعين لم يجز على المنفعة المستأجرة .
- ١٧٥٣٩ - أصله : حال المجلس قبل القبض ، ولأنه عقد يخشى فسخه بالهلاك ، فلا يجوز أن يعقد مثله على المعقود عليه قبل قبضه . أصله : البيع وعكسه المهر والمعار ^(٤) .
- ١٧٥٤٠ - احتجوا : بأنه لا أثر لقبض العين ؛ لأنه لا يصير بقبضها ^(٥) قابضاً للمنافع ، فصار وجود القبض وعدمه سواء ^(٦) .

(١) هذه المسألة هي إحدى حالتين في الإجارة ، لأن الإجارة إما أن تكون بعد القبض أو قبله : فإن كانت بعده فقد مضى حكمها في المسألة السابقة ، وهذه هي الحالة الثانية ، وهي حكم تأجير العين المستأجرة قبل قبضها ، وكتب اللغوين جمعت بين المسألتين في مسألة واحدة ولم يفردوا لكل سهماء مسألة مستقلة وهو أولى . وقد سبق نقل ما يشير إلى أن إجارة المستأجر لما استأجره إما أن تكون بعد قبض العين أو قبلها ، فإن كانت بعدهما من غير المؤجر فهو جائز من غير خلاف ، وإن كانت من المؤجر فهو غير جائز عند الأخاف وعلى ذلك كان من باب أولى أن لا يجوز قبل القبض كما هو مشار إليه في عبارة بلصنف هنا . وخلاصة القول : أن الإجارة للمؤجر لا تجوز عند الأخاف ، لا قبل القبض ولا بعده ، أما لغير المؤجر فهي جائزة بعد القبض فقط . وقد سبق القول بأن الملكية والحاسبة يجوزون الإجارة قبل القبض وبعده من المؤجر وغيره . راجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٩١/٦) وبداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦١/٢) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) سبق نقل نص المذهب والحاوي وظهر لنا أن الوجه في الإجارة قبل القبض ثلاثة ، وقد أعاده المصنف هنا ، غير أنه هناك قصد الحديث عن إجارتها للمؤجر ، وهنا له ولغيره . وكلام الشافعية لا ينفصل بينهما بل يجمع في وجهين ويفرق في الثالث كما سبق . راجع المذهب (٥٢٧/١) .

(٤) (٥ ، ٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) راجع المذهب (٥٢٧/١) .

١٧٥٤٩ - الجواب : أنه إذا قبض العين فالمنافع تحدث على ضمانه ، فإذا لم يقبض حدثت وليست في ضمانه ، وللضمان مدخل في جواز التصرف بدلالة المبيع^(١) إذا قبض .

• • •

(١) في (م) ، (ع) : [الصحيح] .



اشتراط الخيار في عقد الإجارة

١٧٥٤٢ يجوز شرط الخيار ^(١) في الإجارة ^(٢) .

١٧٥٤٣ - وقال الشافعي : لا يجوز شرط الخيار إذا استأجر عينا قولاً واحداً ، وفي خيار المجلس ^(٣) وجهان .

١٧٥٤٤ - وإن كانت المنفعة في المدة ^(٤) ففيه ثلاثة أوجه :

(١) الخيار مشتق من الاختيار وهو طلب غير الأخرى : إذ إمضاء البيع ، وإما مسخه . واصطلاحاً : أن بشرط في العقد أو بعده الخيار لأحد المتعاقدين كليهما في تسخ العقد أو إمضائه . راجع اللسان (٢٢٠/٢) ، البداية شرح الهداية (٢٥٨/٦) ط الفكر .

(٢) راجع الباب (١٠٥/٢) ، الدائع (٢٠١/٤) ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٧٧ ، ٧٦/٦) ، تبين الحقائق (١٤٥/٥) وبه قال المالكية . راجع بداية المجتهد (١٧٢ / ٢) .

(٣) حيار المجلس : هو أن يكون لكل واحد من المعاقدين حق تسخ العقد ما لم يتفرقا بأبديتهما ، أو بغير أحدهما الآخر فيختار العقد . فإذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق التسخ بهذا السبب ، والأصل فيه : قوله **يختار** : « **الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ اخْتَرْ** » راجع نيل الأوطار (١٨٤/٥) ، معنى المحتاج (٤٣/٢) ، الباب (٤/٢) .

(٤) في (ن) : [الذمة] وهو خطأ . لأنه يبين لنا من النص الآتي أن الإجارة إذا كانت على منفعة في الذمة ففي دخول الخيار فيها وجهان فقط ، وليس ثلاثة . قال في المذهب « وما عقد من الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ؛ لأن الخيار يمنع التصرف ، فإن حسب ذلك على المكروي زدنا عليه المدة ، وإن حسب على المكروي نقصا من المدة . وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يثبت لما ذكرناه من نقصان الزيادة في خيار الشرط ، والثاني : يثبت ، لأنه لكل واحد منهما إسقاطه ، وإن كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : لا يثبت فيه الخيار ؛ لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار ، والثاني : يثبت فيه الخياران ؛ لأن المنفعة المعنية كالعين المعنية ، ثم العين المعنية يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة ، والثالث : يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ؛ لأنه عقد على منتظر فيثبت فيه حيار المجلس دون خيار الشرط كالتسليم ، وإن كانت الإجارة على منفعة في الذمة ، ففيه وجهان : أحدهما : لا يثبت فيه الخياران لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار . والثاني : يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأن الإجارة في الذمة كالتسليم ، وفي التسليم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، وكذلك الإجارة راجع المذهب (٥٢٤/١) . وراجع أيضاً معنى المحتاج (٤٤/٢) . رأي المالكية في هذه المسألة يوافق الأحناف ؛ فإن الخالبة يتفقون مع الشافعية في إجارة العين مدة تلي العقد ، فلا يجوز فيها حيار الشرط ، وفي خيار المجلس وجهان أما إذا لم تكن الإجارة كذلك : فإنه يدخلها الخيار كما قال الأحناف . قال ابن قدامة إذا أجرة مدة »

- ١٧٥٤٥ - أحدها : لا يدخلها الخياران ^(١) .
- ١٧٥٤٦ - والثاني : يدخلها خيار المجلس دون خيار الشرط .
- ١٧٥٤٧ - والثالث : يدخلها الخياران .
- ١٧٥٤٨ - لنا : أنه عقد معاملة لا يستحق فيه القبض حال المجلس فجاز شرط الخيار فيه كالبيع ، ولأنها مدة ملحقة بالعقد كالأجل ، ولأن كل خيار ثبت في البيع ثبت في الإجارة ^(٢) .
- ١٧٥٤٩ - أصله : خيار العيب ^(٣) ولأنه معاملة يدخلها وليس من شرطها فيدخلها خيار الشرط كالبيع ، ولأنه عقد يفسخ بالإقالة ^(٤) ، لا يعتبر فيه القبض في المجلس ، فجاز أن يدخله الخيار كالبيع .
- ١٧٥٥٠ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ [نَهَى عَنِ الْفَرْزِ] ^(٥) وَالْخِيَارُ عَزَرَ ^(٦) .
- ١٧٥٥١ - قلنا : روى عن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْفَرْزِ وَمَنْ أَصْلُ مَخَالَفَتَا أَنْ الْخَبْرَ إِذَا وَرَدَ فِي حُكْمِ الْمَطْلُوقِ يَحْمِلُ ^(٧) عَلَى الْمَقِيدِ ^(٨) .
- ١٧٥٥٢ - قالوا : القياس عندكم يمنع شرط الخيار في العقود ، وإنما جاز في البيع =
- تلي العقد لم يجز شرط الخيار ، لأنه يمنع التصرف فيها أو في بعضها فينقص عما شرطه ، وفي خيار المجلس وجهان : أحدهما : لا يثبت له ذلك ، والثاني : يثبت لأنه يسر ، وإن كانت لا تلي العقد يثبت فيها الخياران لأنها بيع ، ولا مانع من ثبوتها فيها ، وكذلك إن كانت على عمل في الذمة أو على منفعة عين في الذمة ثبتا فيها كذلك . الكافي لابن قدامة (٣٢٤/٢) ط منشورات المكتب الإسلامي بدمشق .
- (١) في (م) ، (ع) : [الخيار] والمراد بهما خيار المجلس والشرط .
- (٢) قال الشيرازي : قالوا : عقد معاملة لا يعتبر فيه التقاض في المجلس فأشبه البيع ، قلنا : عندهم يجوز فيما ليس بعمانية « معاملة » وهو الضمان فلم يؤثر الوصف ، ولأننا جعلنا البيع حجة لنا . التكت ورقة ١٦٧ .
- (٣) في (م) ، (ع) : [للمعيب] .
- (٤) في (م) ، (ع) : [للمعيب] .
- (٥) رابع نص المذهب السابق .
- (٦) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة . كتاب البيوع باب الهبة عن بيع الحصاة وبيع الفرز (١١٥٣/٣) والترمذي « كراهية بيع الفرز » (٥٣٢/٣) رقم (١٢٣٠) وأبو داود - باب بيع الحصاة (٦٧٢/٣) رقم (٣٣٧٦) ، وابن ماجه « في التجارات » باب النهي عن بيع الحصاة وعر بيع الفرز (٧٣٩/٢) رقم (٢١٩٥) ، والنسائي باب بيع الحصاة (٢٦٢/٧) رقم (٤٥١٨) ومن حديث سعيد بن السبي مرسلاً أخرجه مالك في الموطأ (٦٦٤/٢) وفي مسند أحمد (١١٦/١) ، (٣٠٩) ، (١٥٥/٢) وأظهر مجمع الزوائد (٨٠/٤) .
- (٧) ساقطة عن (ن) .
- (٨) قاعدة : « الخبر إذا ورد في حكم المطلق يحمل على المقيد » .

بالخير فما سواه على أصل القياس ^(١) .

١٧٥٥٣ - قلنا : الخيار يجوز في البيع ، والإجارة تحتل من الغرر ^(٢) والحظر ما لا يحتمله البيع ، فإذا جاز في البيع خطر الخيار ففي الإجارة أولى . وعند القياس يجوز على الخصوص من طريق الأولى .

١٧٥٥٤ - قالوا : عقد على منفعة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ^(٣) .

١٧٥٥٥ - قلنا : النكاح أجرى مجرى العقد على الأعيان بدلالة بطلانه بالترقيت ، وبدلالة استحقاق جميع البذل ^(٤) مع هلاك المعقود عليه ^(٥) عقيب العقد وإذا أجرى مجرى العقد على الأعيان لم يصح اعتبار عقد الإجارة .

١٧٥٥٦ - ولأن النكاح لا يصح فيه الفسخ بالإقالة ^(٦) [بعد انبرامه فلم يدخله الخيار ، ولما كانت الإجارة يلحقها الفسخ بعد انبرامها بالإقالة] ^(٧) ولا يعتبر فيها ^(٨) القبض في المجلس جاز اشتراط الخيار فيها .

١٧٥٥٧ - قالوا : عقد لا بد أن يكون أحد بدليه غير عين فلم يصح فيه خيار الشرط كالسلم ^(٩) .

١٧٥٥٨ - قلنا : السلم شرط صحته قبض بذله في المجلس ، وخيار الشرط منع صحة القبض ، فلهذا لم يصح شرط الخيار في الصرف ^(١٠) وإن جاز أن يتعين بدلالة أنه وأما الإجارة فلا يتعين قبض بدلها في المجلس ، ويدخلها الفسخ بالإقالة فصح شرط الخيار فيها .

١٧٥٥٩ - قالوا : شرط الخيار في الإجارة لا فائدة ^(١١) فيه ، لأنه إن شرط الخيار

(١) وهو قوله **يُخَيَّرُ** : « أَلْيَقَانِي بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَنْقَرَفَا أَوْ عَتَى يَنْقَرَفَا » . راجع نيل الأوطار (١٨٤/٥)

(٢) م (٢) ، ع (٢) : [العرور] وإنما كانت الإجارة أكثر احتمالا للغرر من البيع لأنها إجارة مانع معدومة كما أن العقد فيها معرض لفسخ .

(٣) راجع للمذهب (٥٢٤/١) ، الحاروي ص (١٦٣) .

(٤) أي المهر .

(٥) أي البضع .

(٦) « كالإقالة » بالنسخ والصواب ما أثبتناه . (٧) ساقط من (ن) .

(٨) أي الإجارة . (٩) راجع للمذهب (٥٢٤/١) .

(١٠) سبق تعريف الصرف وهو بيع الأثمان كبيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة ، ومع الخيار فيه لأن من شرطه القبض في المجلس دفقا للربا ، لأنه إن كان متحدا بالدين حرم الفضل والنساء وإن اختلفا جنسا حرم النساء ، والخيار بيع القبض فليزمن منه النساء وهو محظور . راجع الباب (٤٧/٧)

(١١) في المذهب بمعه (٥٢٤/١) .

للمستأجر فإنه عند الفسخ لا يمكنه تسليم المنفعة المعقود عليها بكاملها ، وهذا المعنى يمنع الرد بالخيار كما لو تلف بعض المبيع في مدة الخيار . وإن شرطه للمؤجر لم يمكن تسليم المعقود عليه بكامله ، فصار كما لو باع بشرط الخيار ، فكيف يختلف بعض المبيع في المدة ؟ .

١٧٥٦٠ - قلنا : الإجارة في هذا مخالفة للبيع ، وذلك لأن البائع لو أراد تسليم بعض المبيع إلى المشتري لم يجوز .

١٧٥٦١ - ولو أراد المشتري رد البعض لم يكن له ذلك . وكذلك ^(١) إذا كان فيه خيار الشرط . وأما الإجارة : فلو أراد المؤجر تسليم بعض المنافع من غير خيار جاز ، مثل أن يؤجر داره شهراً فيستعها منه بعض المدة ثم يسلمها

١٧٥٦٢ - وكذلك إذا كان في الإجارة خيار ، وكذلك يجوز للمستأجر رد بعض المنفعة ، كما إذا سكن الدار ثم أراد ردها بخيار الرؤية أو العيب وكذلك بخيار الشرط ^(٢) .

١٧٥٦٣ - وإنما افرقا لأن المبيع يمكن تسليمه إلى المشتري جملة ، ويمكن للمشتري رده كله ، فإذا أراد البائع تسليم البعض أو أراد المشتري رد بعضه دون بعض [لم يكن له ذلك ، وأما المنافع : فلا يمكن قبضها جملة واحدة ، فجاز تسليم بعضها دون بعض] ^(٣) ورد بعضها على المؤجر دون بعض ، فحمل عليه .

• • •



(١) في (ن) : [ولذلك] .

(٢) قاعدة : للمستأجر رد بعض المنفعة ، كما إذا سكن الدار ثم أراد ردها بخيار العيب أو بخيار الرؤية أو

(٣) ساقط من (٢) و (٤) .

بخيار الشرط .



مشاهدة الحمل المؤجر

١٧٥٦٤ - قال أصحابنا : إذا اكترى ^(١) محملاً ^(٢) مغطى ^(٣) إلى مكة جاز ، وإن لم يشاهد الحمل ^(٤) استحساناً ^(٥) .

١٧٥٦٥ - وقال الشافعي : لا يجوز حتى يشاهد الحمل ، ويسمى الوطاء ^(٦) فإن أطلق

(١) في (ن) : [اكترى] .

(٢) المحمل هو كُنْخَلَس : شقان على البعير يحمل بهما العدلان ، والحمول بالضم : الهوداج ، الواحد حمل بالكسر ويفتح . راجع القاموس المحيط باب اللام فصل الحاء (٣/٣٧٢) ، المغرب (١/١٣٨) .

(٣) في (م) : [مغطى] وفي (ع) : [يغطي] وكلاهما خطأ .

(٤) راجع الباب (٢/٩٥) ، المبسوط (١٩/١٦) ، حاشية ابن عابدين (٦/٩٠) ، البدائع (٤/١٨٣) .

(٥) الاستحسان في اللغة : هو عد الشيء واعتقاده حسناً . واصطلاحاً : هو اسم للدليل من الأدلة الأربعة يعارض القياس الجلي ويعمل به إذا كان أقوى منه ، سموه بذلك لأنه في الأغلب يكون أقوى من القياس الجلي فيكون قياساً مستحسنًا . التعريفات (١٣) وقد تناول الغزالي في المستصفى (١/٢٧٤) توضح معنى الاستحسان فقال : له ثلاثة معان الأول الذي يسبق الفهم . الثاني : الدليل المتقدح في نفس المجتهد لا يفر على إظهاره لعدم مساعدة السارة . الثالث : وهو المقول عن الكرخي وبعض أصحاب أبي حنيفة أنه قول بذليل فيدوح تحته أحاس منها : العدول بحكم المسألة عن نظايرها بذليل . قال السرخسي في المبسوط (١٠/١٤٥) : القياس والاستحسان في الحقيقة قياسان أحدهما جلي ضعيف أثره سمي قياساً ، والآخر : خفي قوي أثره سمي استحساناً أي قياساً مستحسنًا . وقال الشافعي في الموافقات (٤/١١٦) : إن الاستحسان عند المالكية : الأخذ بمصلحة جرفية في مقابلة دليل كلي . وقد تفادت الفقهاء في الأخذ

بالاستحسان في الأحكام فتوسع فيه الحنفية ، وتوسط المالكية والحنابلة ، وأبطله الشافعية . راجع سماع الاجتهاد في الإسلام للدكتور سلام مذكور من ص (٢٦٦ - ٢٨٠) أصول التشريع الإسلامي علي حسب الله ص (٢٠٤ - ٢٠٦) . وإذا طبقنا ما سبق على المسألة نرى أن القياس فيها يتضمن بطلان الإجارة لأن من شرطها رؤية المؤجر . أما الاستحسان : فالعلة فيه أن المادة جارية على ذلك فمرعاة هذه العلة الحنية اقتضت العدول عن أصل القياس الجلي إلى هذا القياس الخفي .

(٦) في (ص) ، (ن) : [الغطاءة] وفي (م) : [بالغطاية] وكلاهما خطأ . جاء في معنيحتاج : ويشترط رؤية الوطاء وهو الذي يفرش في الحمل ليجلس عليه أو وصفه . معنيحتاج (٢/٣٤٢) . وقال الشافعي : لا يجوز من ذلك شيء على مغيب حتى يرى الراكب والراكبين وطرف الحمل والوطاء وكيع الظل إن شرطه . الأم (٣/٢٥٩) ، وانظر مختصر المزني (٣/٨٢) .

الغطاء^(١) حاز^(٢) فأما التعليق من السطحية^(٣) والركوة^(٤)، فلا بد من مشاهدتها، وإن أُنقِصَ فمن أصحابنا من قال على قولين، والصحيح أنه قول واحد: لا يجوز حتى يشاهد^(٥).

١٧٥٦٦ لنا: قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَتَسَلُّوا مِنْ رِيضِكُمْ﴾^(٦) قال: تحجوا وتكروا الإبل^(٧) ولم يفصل.

١٧٥٦٧ - ولأن الحمل غير مقصود بالكري وإنما يطلب تسهيل حمله [ولم يقف

(١) الغطاء: هو ما يستظل به ويتوقى به من المطر. معني المحتاج (٣٤٢/٢).

(٢) إنما جاز إطلاق الغطاء؛ لأنه لا يختلف اختلافاً كبيراً.

(٣) السطحية والسطح: المرادة التي من أدبين قول أحدهما بالآخر، وتكون صغيرة أو كبيرة، وهي من لؤاي اللباه. اللسان: سطح (٢٠٠٦/٣).

(٤) الركوة: إزاء صغر من جلد يشرب فيه الماء والجمع ركوات. اللسان: ركاء (١٧٢٢/٣).

(٥) الأم (٢٥٩/٣)، مختصر المزني (٨٢/٣)، للمذهب (٥٢٠/١)، معني المحتاج (٣٤٢/٢)، نهاية المحتاج (٢٨٧/٥)، وقريب من مذهب الشافعية مدعب الحنابلة والمالكية وأبو ثور وابن المنذر. راجع بداية المجتهد (١٧١/٢)، المعني (٥١٢/٥).

(٦) سورة البقرة: الآية ١٩٨. قال القرطبي: في الآية دليل على جواز التجارة في المح مع أداء العبادة وأن القصد إلى ذلك لا يكون شركاً ولا يخرج به المكلف عن رسم الإخلاص المقرض عليه. راجع تفسير القرطبي (٨٩٥/١) المشر دار الفد العربي، وانظر أيضاً روح المعاني للأوسني (٨٧/٢) ط دار إحياء التراث بيروت، وجامع البيان في تفسير القرآن للطبري (١٦٤/٢) ط دار المعرفة بيروت.

(٧) هذا القول لأبن عباس تفسير للآية، قال ابن قدامة بعد أن ذكر نص الحربي: «وس اكبرى إلى مكة فلم ير الجبال الراكين الحامل والأعطية والأوطلة لم يجز الكراء». قال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على إحالة كراء الإبل إلى مكة وغيرها، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ وَالْبَقَالُ وَالْحَمِيرُ لِيَرْصَدُوا﴾ ولم يفرق بين الملوكة والمكثرة. وروي عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَتَسَلُّوا مِنْ رِيضِكُمْ﴾ أن حج وتكري وتحره عن ابن عمر. المعني لابن قدامة (٥١١/٥). وفي أسباب النزول للسيوطي: وعن ابن عباس قال: كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقاً في المعاملة فأتوا أن يهجروا في الموسم، فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فنزلت: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَتَسَلُّوا مِنْ رِيضِكُمْ﴾ في موسم الحج. وأخرج أحمد وابن أبي حاتم وابن جرير والمحاكم وغيرهم عن أبي أمامة البهسي قال: قلت لأبي عمر: إنا نكري فهل لنا من حج؟ فقال لي عمر: جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن البهي سألني عنه فلم يجبه حتى نزل عليه جبريل بهذه الآية: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ... الآية﴾ فدعا السي ﷺ فقال: «أكرم شجاج». أسباب النزول للسيوطي (٣٧) ط مكتبة نصير. ونرى أن استدلال المصنف بالآية، وتفسير ابن عباس لها خارج عن محل النزاع؛ إذ الآية دلت على جوار التجارة والكراء، وهذا ليس محلاً للنزاع بل هو مجتمع على جوارزه كما سبق، وإنما محل النزاع في اشتراط رؤية المكري. وثبت الجواز بالآية لا ينفي مراعاة شروط الصحة عند العقد.

العقد^(١) على [مشاهدته كالتناع .

١٧٥٦٨ - [ولأن ما لا يشترط^(٢) في الظلال^(٣) والسرj^(٤) لا يشترط في الحمل كالوزن .

١٧٥٦٩ - احتجوا بأن الحمل يختلف بالثقل والخفة ، وذلك يوجب اختلاف المفعة المعقود عليها فمنع من صحة العقد^(٥) .

١٧٥٧٠ - الجواب : أن هذا يبطل بالسرj والظلال^(٦) ولأن الحمل تمتد^(٧) في كل بلد والعقد يقع على المعتاد فإن جاء بما^(٨) يخالف العادة لم يستحق بالعقد .

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا ما لا يشترط] .

(٣) الظلال : هو ما يستظل به فوق الهودج كالحيمة الصغيرة . راجع القاموس باب اللام فصل الظاء (١٠/١) .

(٤) السرj . رجل الدابة ، معروف والجمع سروج ، وأسرجها إسراجها وضع عليها السرj . اللسان (١٩٨٣/٣) صرح .

(٥) سبق إشارة المصنف إلى أن الشامي أجاز إطلاق الغطاء وهو الظلال ، أما السرj : فإنه إن كان من رب الدابة ، فيكفي فيه العرف ، ولا يشترط أن يراه بل يحمل على المهود ، أما إن كان من المسافر وكان متعاونًا ولم يكن هناك عرف فيشترط رؤيته أو وصفه وصفاً تاماً عندهم . راجع نهاية المحتاج (٢٨٧/٥)

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ن) : [متعادة] .

(٨) في (م) ، (ن) : [ما] .



استبدال المحمول كلما نقص

١٧٥٧١ - قال أصحابنا : إذا استأجر جملاً إلى مكة على أن ^(١) يحمل عليه الزاد ^(٢) كلما منه جاز أن يرد مثله ^(٣) .

١٧٥٧٢ - وقال الشافعي : القياس ^(٤) أن يبدل ما بقي ^(٥) من الزاد .

١٧٥٧٣ - ولو قيل : إن ^(٦) الزاد ينقص ولا يبدل ^(٧) كان مذهبا ^(٨) .

١٧٥٧٤ - قالوا ^(٩) : ففيه ^(١٠) قولان : أحدهما : يستبدل ^(١١) . والآخر : لا يستبدل .

١٧٥٧٥ - قال المروزي ^(١٢) : هذا إن ^(١٣) اتفق السعر ^(١٤) في المنازل ، فإن

(١) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٢) في (م) : [مكملاً] ، وفي غيرها : « كلما أكل منه » .

(٣) صورة هذه المسألة : رجل استأجر جملاً ليحمل عليه طعاماً ويركب إلى مكة ، فأكل من الطعام في سفره فنقص عن القدر الذي وقع العقد على حمله ، فهل له استكمال الحمل بشراء طعام جديد أم يستبدل ؟ جاء في الباب : إن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل من زاد ونحوه ؛ لأنه يستحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق ، فله أن يستوفيه . الباب (٩٦/٢) ، وانظر المسوط (٢١/١٦) ، والدر المختار وأبن عابدين (٩٠/٦) .

(٤) وجه القياس أنه يستحق حملاً معلوماً ، فجاز أن يستوفيه .

(٥) كما بجميع النسخ ، وهو موافق لما في مختصر المزني ، وأظن أن صوابها : يعني لأن ما بقي من الزاد يرد عليه ولا يبدل .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) معنى هذا : أن الشافعي يرى أن القياس يقتضي الإبدال . غير أنه ترك باباً للعرف ، فإن تعارف الناس عدم الإبدال فيها قال في الأم : وإن اختلفا في الزاد الذي يأكل بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بورنه . فالقياس أن يبدل له حتى يستوفي الوزن ، ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلاً ولا يبدل مكانه كان مدعياً والله أعلم من مذاهب الناس . الأم (٢٦٠/٣) . فكأنه ترك الثاني للعرف ولم يجزم به وبمثل هذا قال المالكية .

(٨) مرجع هذا القول للعرف .

مواهب الجليل (٤٢٧/٥) .

(٩) أي أصحاب الشافعي .

(١٠) في (م) ، (ع) : [به] .

(١١) وهو ما يقتضيه القياس ، واختاره المزني في المختصر (٨٥/٣) .

(١٢) أبو اسحاق إبراهيم بن أحمد المروزي ، من أصحاب ابن سريج ، انتهت إليه رئاسة العلم في حداثته . رصف في الأصول والفروع ، وعنه وعن أصحابه انشترق فقهاء الشافعي في الأقطار توفي سنة (٣٤٠ هـ) بمصر . راجع طبقات الشيرازي ص (٩٢) .

(١٤) بالسبع « السفر » وهو خطأ .

(١٣) ساقطة من (د) .

اختلف . فله أن يستبدل ليخلص نفسه من زيادة السعر ^(١) .

١٧٥٧٦ - لنا : أنه استثنى عليه قدر من الزاد ، فإذا نقص ؛ كان له رد بدله .
أصله . إذا سرق ، ولأن كل حمل لو سرق منه كان له أن يبدله [فإذا انتفع به كان له
أن يبدله] ^(٢) أصله : الماء ، ولأن ما شرط حمله ^(٣) وزناً إذا نقص كان له رد مثله .
أصله : المتاع ، ولا يلزم إذا نقص ^(٤) لأن ذلك لا يشترط حمله وزناً .

١٧٥٧٧ - احتجوا : بأن مطلق العقود يحمل على العرف . والمادة أنهم يأكلون
الزاد ولا يردون بدله ويشربون الماء ويردون بدله ^(٥) فحمل العقد على المعتاد ^(٦) .

١٧٥٧٨ - الجواب : أنهم إذا شرطوا حمل وزن معلوم فلم يطلقوا العقد بل عينوا
المعقود عليه ، ثم ^(٧) هذه المادة متفتحة فيأنهم قد يردون تارة ولا يردون أخرى ، فلم
يصح الرجوع إلى المادة مع انقسامها .

١٧٥٧٩ - ولأن المادة أنهم يشترطون قدرًا من الحمل ويحملون أكثر منه ، ولا
يحمل العقد على ذلك فكذلك النقصان ^(٨) .

(١) راجع المذهب (٥٢٦/١) ، مني المحتاج (٣٤٩/٢) ويرأي الشافعية قال المالكية والحابلة . راجع
مواهب الجليل (٤٢٧/٥) ، اللقي (٥١٤/٥) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) . قد يفرق البعض بين النقص بالسرقة والنقص بالانتفاع خلافاً للسرقة وتبدل ما
سرق . راجع الحاوي ٣٢٧ .

(٣) في (ن) : [حمله] .

(٤) ربما قصد بذلك إذا نقص من غير أكل أو سرقة كأن جف مثلاً .

(٥) في (م) ، (ع) : [له] .

(٦) هنا هو معنى قول الشافعي السابق في الأم . وانظره أيضًا في الحاوي ص (٣٢٧) .

(٧) في (م) ، (ع) : [و] .

(٨) استدل في الحاوي أيضًا لعدم التبديل بقوله : د ولأن أجرة الزاد في العرف أقل من أجرة المتاع ، لا
استقرت به المادة من إبدال المتاع دون الزاد . الحاوي (٣٢٨) .

أَوْلَدَهُنَّ ﴿١﴾ على قوله : ﴿ وَإِذَا عَلَّمْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيَقَنَّ أَسْلَمَهُنَّ ﴾ (٢) .

١٧٥٨٤ - ولأنه ذكر رضاع الوالدة ، وقد تكون الوالدة زوجة وتكون (٣) غير زوجة ، والآية تقتضي استحقاقها بكل حال ، وذلك لا يكون إلا على وجه الأجرة . وقال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ (٤) . والذي يجب مثله على الوارث هو أجرة الرضاع ، دون نفقة الزوجة .

١٧٥٨٥ - ولأنه جعل الطعام في مقابل إرضاعها ، والزوجة تستحق النفقة أرضعت أم لم ترضع ، ولا يقال : إن الله تعالى ذكر الرزق والكسوة من غير عقد ، وذلك لا يكون إلا في الزوجة . وذكر إرضاعها / ليس لأن النفقة في مقابلته لكن ليبين أن اشتغالها (٥) بالصبي ١/١٩ لا يسقط نفقتها كما يسقط [إذا امتنعت] (٦) على زوجها بعمل من الأعمال ؛ وذلك لأنه لما ذكر الطعام في الولادات (٧) على العموم ، ولم يفصل (٨) بين الزوجة وغيرها ، ولا يمكن حمل ذلك على العموم إلا بشرط الإجارة ، صارت الإجارة مشروطة وإن لم يثنها . ١٧٥٨٦ - فإن قيل : الآية دللت على وجوب الرزق والكسوة والأصول دللت على أن بدل الأجرة لا يجوز مجهولاً ، فحملنا الآية على الموصوف من الطعام والكسوة ، والأصول دللت على الموصوف من الطعام والكسوة .

١٧٥٨٧ - قلنا : لما قال ﴿ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ علم أن المرجع في صفته إلى العادة ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَمَّا طَلَّقْتَ مَتَّعَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (٩) وقال عليه السلام لهند (١٠) : « خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سَعْدٍ مَا يَكْفِيكَ وَيَكْفِيكَ وَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ » (١١) .

- (١) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .
(٣) ساقطة من (ن) والمراد أنها قد تكون زوجة ترضع ، أو تكون مطلقة أو متوفى عنها زوجها .
(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .
(٥) في (م) ، (ع) : [استعمالها] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) في (ن) : [الولدان] .
(٨) في (م) ، (ع) : [ولم يسقط] .
(٩) سورة البقرة : الآية ٢٤١ وقامها ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ .
(١٠) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية زوج أبي سفيان وأم معاوية . أحارها فل الإسلام معروفة . شهدت أحدًا وعلقت بحمرة ما فعلت ، كانت تؤلب على المسلمين إلى أن جاء الله بالفتح فأسلم زوجها ثم أسلمت هي يوم الفتح ، توفيت في حلالة عمر ، وقيل : في زمن عثمان . راجع الإصابة (١٥٦/٨) ، الاستيعاب (١٩٢٣/٤) ، والأعلام (٩٨/٨) .
(١١) أخرج البحاري في صحيحه من حديث عائشة رضي الله عنها قالت هند أم معاوية رسول الله ﷺ : « بَنِيْنَا » .

١٧٥٨٨ - ولأنها مؤنة بحبر الأب عليها لتغذية الولد ، فجاز أن يكون طعاماً ^(١) وسطاً غير موصوف . أصله : نفقة الولد ، ولأن كل ما جاز أن يستحق في نفقة الزوجة حاز أن يستحق في أجره الرضاعة .

١٧٥٨٩ - أصله : الطعام الموصوف والكسوة الموصوفة ^(٢) ، ولأن الإجارة نوع عقد يقصد به المنفعة فجاز أن يكون سبباً لاستحقاق طعام وكسوة ، وسطاً غير موصوف كالنكاح .

١٧٥٩٠ - احتجوا : بأن الطعام والكسوة مجهولان جنساً وقدرًا وصفة ، فلا يجوز أن يكونا أجره في الرضاع . أصله : الدرهم المجهولة ^(٣) .

١٧٥٩١ - قلنا : الحاجة داعية إلى أن يكون تدبير طعام الطئر إلى أهل الصبي ، لأن صلاح الصبي [إنما يكون بصلاح لبنها ، وصلاح لبنها إنما يكون بصلاح طعامها ، وذلك يختلف] ^(٤) بحسب طبع الصبي وباختلاف الأوقات ^(٥) ، فجز مع الجهالة ليدبره ^(٦) في كل وقت بحسب ما يصلحها ويصلح اللبن ، وهذا يدعو إلى اختلاف الأغذية ، فسومح بالجهالة لهذا العذر ، وهو غير موجود في الدرهم إذا كانت أجره .

١٧٥٩٢ - لأنه لا يعطى مضطراً إلى جهالتها ؛ فلم يجز شرطها مع الجهالة .

١٧٥٩٣ - قالوا : ما لا يجوز أن يكون أجره في غير الرضاع [لا يجوز أن يكون

= شَيْئَانِ زَجَلَ شَجِيحٌ ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ أَخْذَ مِنْ تَالِيهِ سِرًّا ؟ قَالَ : هُوَ شَأْنٌ أَنْبَ وَتَوَكَّلْ مَا يَكْفِيكَ بِالْمَرْبُوفِ . صحيح البخاري (١٠٣/٣) ، مسلم بمناه باب قضية هند (١٣٣٨/٣) رقم (١٧١٤) ، وابن ماجة في سنه باب ما للمرأة من مال زوجها (٧٦٩/٢) رقم (٢٢٩٣) .

(١) في (م) : [طعامها] وكلاهما صحيح .
(٢) اتفق العلماء على جواز كون الأجر طعاماً موصوفاً كوصف السلم الذي تنتفي به الجهالة . قال ابن قدامة في المغني (٤٩٣/٥) وإن شرط الأخير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز عند الجميع وإن لم بشرط طعاماً ولا كسوة ؛ فنفقته وكسوته على نفسه ، وكذلك انظر . راجع الإشراف لابن المنذر (٢٢٧/١) .
(٣) راجع أسنى المطالب (٤٠٤/٢) والحاوي (١٤٣) وفي المبسوط لمحمد وأبي يوسف (١١٩/١٥) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) قصد المصنف بذلك أن الأطفال قد يختلف الطبع عندهم من طفل إلى آخر ، وربما احتاج صبي إلى لبس كثير ، ويحتاج غيره إلى قدر يسير ، وربما احتاج طفل في وقت معين إلى لبن أكثر من وقت آخر وبالعكس ، فانضمت المصلحة ترك تدبير أسر الطعام إلى أهل الصبي ليناسب احتياج العمل من اللبن حسب كل وقت
(٦) في (ن) : [ليدبره] .

أجرة في الرضاع ^(١) . أصله : الدراهم المجهولة . قلنا : غير الرضاع ^(٢) [مدله ^(٣) معلوم ^(٤) فكذا بلده والرضاع سومح في جهالة المقصود منه ، وهو اللبن [فسومح في جهالة البدل ^(٥)] والفرق بين ^(٦) الطعام المجهول ^(٧) والدراهم المجهولة ما قدما ^(٨) ١٧٥٩٤ - قالوا : بدل مستحق بعقد إجارة ، فوجب أن لا يصح مجهولاً ، كما لو استأجرها للخدمة ^(٩) .

١٧٥٩٥ - قلنا : هنالك لم يسامح في جهالة المعوض [فلم يسامح في جهالة المعوض] ^(١٠) وفي مسألتنا : لما سومح بجهالة المعوض الذي هو اللبن كذلك المعوض . ١٧٥٩٦ - فإن قيل : المعوض في الإجارة هو الخدمة والحضانة ^(١١) دون اللبن ^(١٢) .

(١) انظر أقوالهم في نص البيهقي الآتي في المسألة ، وقولهم هنا يوافق ما استدل به أصحابنا من الأحاف . فقي للبيوط (١٩/١٥) : وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما في سائر الإجازات .
(٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) ، (٣) في (م) ، (ع) : [بدل] .
(٤) في (م) : [معلوماً] ، وفي (ع) : [معلوماً] وكلاهما خطأ .
(٥) ساقط من (م) ، (ع) وفي غيرهما : « فسومح في جهة البدل » والمراد سومح بالجهالة في جهة بدل
(٦) في (م) ، (ع) : [من] .
(٧) في (م) ، (ع) : [المجهول] .
(٨) أي ما سبق من قول المصنف أنه مسموح بالجهالة في جهة الطعام والكسوة للحاجة .
(٩) هنا الدليل بمعنى الدليل السابق ، وكذا رد المصنف عليه .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) حَقَّنَ الصبي حضناً ويَحْضَانُهُ بالكسر : جعله في حضنه أو رياه . وفي الاصطلاح : تربية من لا يشغل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كثيراً مجنوناً كأن يتهمه بفلسل جسده وثأبه .. وهي نوع ولاية وسلطنة ، لكن الإناث أبقى بها ؛ لأنهنَّ أشفق وأهدى إلى الترية ، وأصبر على القيام بها . راجع القاموس باب التون فصل الحاء (٢١٧/٣) . والإقناع (١٤٤/٣) .

(١٢) احتجبت كلمة الفقهاء في كون العقد في إجارة القنتر وأردا على اللبن أم على الحضنة ، مما يستلزم التعرض لذلك بنوع تفصيل ثم احتجوا بما يظهر رجحانها منها ؛ فقد احتجوا أن العقد وارد على اللبن وما سواه فيما ذكر السرخسي في ميسومه . بينما يرى صاحب تبيين الحقائق عكسه فيقول : « لا ينظم أن العقد يرد على استهلاك العين (أي اللبن) بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقينه ثديها وحملته وتربيته وبالذات تابع » . وسبب الخلاف : أن اللبن عين ، والعين لا يجوز عقد الإجارة عليها بل على المنفعة ، فمستلزم أنها منع ورودها على اللبن وجعلها على الحضانة ، ومن قال : إنها على اللبن جعل ذلك مستثنى من أصل الإجارة ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ تَوَتَّعْتُمْ لَكُمْ فَتَوَتَّعُوا تُؤْمَرُونَ ... ﴾ وهذا الخلاف وارد عند الأحاف لا يكاد يخلو منه مذهب من المذاهب الأربعة بيانه - - عند المالكية : الذي يظهر من مذهب المالكية رجحان كون العقد وأردا على اللبن ، ففي بداية المجتهد في الكلام على فسخ الإجارة : فإن كان مما يقصد عنه انفست .

١٧٥٩٧ - قلنا : المقصود بالعقد هو اللبن ، ولهذا يضاف العقد إلى الرضاع دون غيره ، والعقد يضاف إلى ما تناوله العقد .

١٧٥٩٨ - فإن قيل : إذا استأجر داراً فملاء الذي في البئر تتناوله الإجارة ، وما يؤخذ منه مجهول ، ولا يدل ذلك على جواز جهالة الأجرة .

١٧٥٩٩ - قلنا : الماء لا تتناوله الإجارة ولا يملك بها إتماً ^(١) هو على أصل الإباحة فيتناوله بإباحة الأصل ، لا بالعقد .

١٧٦٠٠ - قالوا : لو كان كذلك لم يثبت الخيار للمستأجر إذا غضب ماء البئر .

١٧٦٠١ - قلنا : يثبت له الخيار إذا انقطع ماء النهر ، وإن كان ماء النهر لا يملك بل ^(٢) يوجد على الإباحة إلا أن الخيار يثبت ؛ لأن الدار مستأجرة ، وانقطاع الماء يوجب ^(٣) نقصان منافعتها .

الإجارة كالطير إذا مات الطفل . وفي الشرح الصغير : جواز إيجار مريض لترضع طفلاً ، وإن كان فيه استيفاء عين نقصاً ، للضرورة . وإن كان هنا هو المذهب إلا أنه ورد ما يشعر بالخلاف فيه ، ففي شرح الزرقاني على مختصر خليل وهامشه يجوز على استرضاع طفل استئجاراً ، وإن كان اللبن عيناً ، لأن اللبن الذي يرضعه الصبي لا قدر له . أما عند الشافعية فقد سبق ذكر نص المذهب في هذه المسألة وتبين أنه يميل إلى كون العقد وارداً على اللبن ، إلا أن صاحب نهاية المحتاج ذكر خلافه ، فيرى أن العقود عليه الحضانة حتى إنه قال : لو استأجرها للإرضاع ونمي الحضانة الصغرى ، وضعه في الحجر والقامه انشدي لم يصح . وعند الحاشية الخلاف السابق . ورجح البهوتي في شرح منتهى الإيرادات وابن قدامة في المنعي كونه وارداً على اللبن . والذي نراه راجحاً : كون العقد في الإجارة على الإرضاع وارداً على اللبن . فإن السرخسي : والأصح أن العقد يرد على اللبن ؛ لأنه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصلحته تبع ، والمقصود عليه هو منفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه قال : استحقاق لبن الأديمة بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه يجوز استحقاقه بعقد الإجارة ، وقد ذكر في الكتاب - أي القدوري - أنها لو روت الصغير بلبن الأنعام لا تستحق الأجرة ولو قامت بمصلحته فهو كأن اللبن تبناً ولم يكن بمقابلته لاستوجب الأجر . راجع المسألة في المبسوط (١١٨/١٥ ، ١١٩) ، اللباب (١٠١/٢) ، تبين الحقائق (١٢٧/٥) ، بداية المجتهد (١٧٣/٢) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٢/٧ ، ١٥) ، الشرح الصغير (٣٠٨/٢) ، المذهب (٥٢٥/١) ، نهاية المحتاج (٢٩٩/٥ ، ٢٩٦/٥) ، شرح منتهى الإيرادات (٣٥٤/٢) ، المنعي (٤٩٧/٥) .

(٢) بالسبع [بما] وهو خطأ .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) من (م) ، (ع) : [موجب] . قال الشيرازي مستنداً للشافعية وساقطاً أدلة الأحناف . ثانياً أنه يدل يستحق بالشرط ، فلا يجوز أن يكون طعمة وكسوة مجهولة كاللبن والمهر والأجرة في سائر الإجازات ، فإن قل في الأصل : اللبن والمهر للمعرض معلوم المبيع والبضع وما هنا اللبن مجهول ، قلنا : بل هو معلوم يشتر =

١٧٦٠٢ - قالوا : يجوز أن يسامح في أحد بدلي العقد للحاجة ، ولا يدل ذلك على جواز مثله في البذل الآخر ، كما جاز التأجيل في المسلم فيه للحاجة إليه ، ولم يدل ذلك على جوازه في رأس المال .

١٧٦٠٣ - قلنا : التأجيل لو جاز في رأس المال لصار ديناً بدين ، وذلك ممنوع منه .

= المدة كالخدمة معلومة بذكر المدة ، فإن قيل : لا حاجة في الأصل إلى الطعمة وهما حاجة لأن صلاح اللبن بصلاح الطعمة ، قلنا : فيجب أن لا يجوز بالكسوة المجهولة ، ولوجب أن لا يجوز على طعمة بنتها ؛ لأنه لا حاجة إلى ذلك ، ولأنه لو جعل الأجرة ثوباً مجهولاً ؛ لم يجر ولم يجهل عين الصفة فلأن لا يجوز ههنا وقد جهل الجنس والقدر وانصفت أولى . فإن احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَنَلَّكَ الْكُفْرُ كَثِيرًا ۖ وَلَئِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ الآية ، قلنا : يحتمل أنه أراد نفقة الزوجة ، ونقص حال الرضاع ، فلا يظن ظنان أنها كالشاة لا اشتغالها عن خدمة المروج بالولد ، قالوا : نوع عقد يقصد به المنفعة ، فجاز أن يكون سيناً لاستحقاق طعمة وكسوة غير موصوفة كالنكاح . قلنا : النكاح يجوز مع الجهل بامدة ، ولا يجوز ذلك ههنا ، ولأن ذاك يدل يثبت من طريق الحكم فهو كمهر المثل ، وهذا يدل يثبت بالشرط فهو كالنكاح المسمى . قالوا : مؤنة يجبر عليها لتنفيذ الولد ، فجاز أن يكون طعماً وسقاً غير موصوف كنفقة الولد . قلنا : ذاك يجب على جهة الصلة ، وهذا يجب بالسند على سبيل العوض ، وهو كالأعواض في العقود . الكتب ورقة (١٦٩) .



إجارة المؤجر ما استأجره بأكثر من أجرته

- ١٧٦٠٤ - قال أصحابنا : إذا أحر^(١) ما استأجره^(٢) بهجنس الأجرة^(٣) لم يطب له الفضل^(٤) إلا أن يكون زاد في الدار ما يزيد الانتفاع به^(٥) .
 ١٧٦٠٥ - وقال الشافعي رحمه الله : يطيب^(٦) له الفضل^(٧) .
 ١٧٦٠٦ - لنا : نهيه^(٨) عن ربح ما لم يَصْغُر^(٩) والمنافع لم تدخل في ضمان

(١) مي (٢) ، (ع) : [أحره] .

(٢) لغیر مؤجره ؛ لأننا علمنا مما سبق أنه لا يجوز إيجارها لمؤجرها .

(٣) قوله : بهجنس الأجرة قيد مهم لأنها لو كانت بغير جنس الأجرة طاب له الفضل .

(٤) إنما قال : لم يطب ولم يقل لم يجر ؛ لأن الإجارة إن كانت بأكثر مما استأجرها به تجوز عند الأحناف ، غير أنه يلزمه التصديق بالزيادة كما سيأتي .

(٥) الحاصل : أن المستأجر إذا أحر ما استأجره لغیر مؤجره جاز ذلك بمثل ما استأجرها به أو أقل ، فإن كان بأكثر ما استأجرها به فلا يطيب الفضل مع جواز الإجارة إلا في حالتين . الأولى : أن يكون زاد فيها عملاً يزيد به الانتفاع ، كأن يكون أحدث فيها تجديد يباح أو زيادة ، أو غير ذلك . الثانية : أن تكون الأجرة من غير جنس ما استأجرها به ، كأن يكون استأجرها بذهب فيؤجرها بفضة ، ففي هاتين الحالتين يطيب له الفضل والإجارة في غيرهما صحيحة والفضل يجب التصديق به . ففي البدائع : ولو أجرها للمستأجر بأكثر من الأجرة الأولى فإن كانت الثانية (الأجرة) من خلاف جنس الأولى ، طابت له الزيادة ، وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يريد في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الإجارة لأن الزيادة في عقد لا يجرى فيه المساواة بين الدل والمبدل لا تمتنع صحة العقد ، وهنا كذلك فيصح العقد ، وأما التصديق بالفضل إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى ، فلأن الفضل ربح ما لم يضمن ، لأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر . هنا هو رأي الأحناف وللحنابلة رواية توافق رأي الأحناف . راجع البدائع (٢٠٦/٤) ، حاشية ابن عابدس (٩١/٦) ، الكافي (٣٢٤/١ ، ٣٢٥) .

(٦) في (٦) : [يطب] .

(٧) وافق الشافعي في هذه المسألة المالكية ، وما عليه الصل عد الحنابلة . وقد سبق أن لهم رواية توافق الأحناف ، ولهم رواية ثالثة أنه إذا أذن له المؤجر في الزيادة جاز إلا أن المذهب عندهم يتفق مع الشافعية . راجع المذهب (٥٢٧/١) ، مواهب الجليل (٤١٦/٥ ، ٤١٧) ، شرح المحرشي (٩/٧) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٤/٢ ، ٣٢٥) .

(٨) أخرجه أحمد في المسند من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله عن بيع شيء في بيعه ، وعن ربيع ما لم يَصْغُرْ ، وعن ربيع ما لم يَصْغُرْ . المسند (٢٠٥ ، ١٧٥/٢) ، وابن ماجه في سننه باب البهي عن ربيع ما لم يَصْغُرْ وعن ربيع ما لم يضمن (٧٣٨/٢) رقم (٢١٨٩) ، والدارمي باب البهي عن شرطين في بيع (٢٥٣/٢) .

المستأجر^(١) بل^(٢) يطيب له ربحها .

١٧٦٠٧ - فإن قيل : نحمله على ما يصح طلب الربح فيه بعد الضمان .

١٧٦٠٨ - قلنا : هذا تخصيص بغير دليل ، ولأن المتافع لم تدخل في ضمان المستأجر فلم يطلب له الأجر^(٣) بأكثر من المسمى .

١٧٦٠٩ - أصله إذا استأجر داراً^(٤) مدة لم يحضرها^(٥) ثم أجرها ، ولأن المعقود عليه لو هلك كان في ضمان غيره فلم يطيب له الربح فيه . أصله المبيع في يد البائع إذا جنى عليه ، وكانت القيمة أكثر من الثمن .

١٧٦١٠ - ولأنه عقد يخفص بالمنفعة^(٦) [فإذا عقد^(٧)] على المنفعة المعقود عليها فيه يبدل لم يملك عليه لم يطيب له^(٨) . أصله العارية .

١٧٦١١ - ولا يلزم الموصي له بالغلة إذا أجر ، لأن ذلك العقد لا يختص بالمنفعة .

١٧٦١٢ - [ولا يلزم^(٩)] إذا زاد في الدار شيئاً ؛ لأن زيادة الأجرة^(١٠) تكون مقابلة للزيادة ، فلا يحصل هناك ربح في المنفعة .

١٧٦١٣ - احتجوا بأن كل عقد جاز تقدير رأس المال جاز طلب الربح فيه أصله المبيع .

١٧٦١٤ - قلنا : ينتقض إذا اشترى دوهماً بدرهم يجوز المقد عليه بقدر رأس المال ، وبأن يبيعه بغير جنسه .

١٧٦١٥ - قلنا : فعلى هذا نقول بموجب العلة ؛ لأن عندنا يؤجر الدار بمثل الأجر في الوزن

من جنس أجود^(١١) منها ، فيجوز ويؤجرها^(١٢) بغير جنس رأس المال فيطلب له الربح^(١٣) .

(١) الدليل على أنها لا تدخل في ضمان المستأجر : ما ذكره صاحب البدائع من أنه : لو هلك المستأجر لفار بحث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤجر وكنا لو غصبه غاصب . البدائع (٢٠٦/٤) .

(٢) كذا بالسسخ ولعل صوابها [فلا] . (٣) في (م) ، (ع) : [الأمر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [داره] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحضر] ويقصد إذا استأجر داراً فلم يسكنها .

(٦) في (م) ، (ع) : [المنفعة] . (٧) ساقط من (ن) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عليه] . (٩) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ن) : [الأجر] . (١١) في (م) ، (ع) : [ما أجز] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ومؤجرها] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [رأس المال] وهو غلطاً .

إجارة المؤجر ما استأجره بأكثر من أجرته
١٧٩٦ - قالوا : ما جاز إجارته ^(١) برأس المال جاز أكثر منه . أصله إذا أحدث فيها

عملًا ^(٢) .
١٧٩٧ - قلنا : إذا أحدث فيها عملًا ^(٣) يؤثر في زيادة المنافع ، فزيادة ^(٤) الأجرة

في مقابلتها ، وبصير عاقدًا على المنفعة التي ملكها وزيادة منفعة يملكها فكانه أحر دارين ^(٥) .

١٧٩٨ - ولا يلزم إذا زاد السعر في المنافع أو كسب الدار ؛ لأنه لم يزد عينًا يختص بمنفعتها حتى يتناولها العقد ، وإنما عقد على المنفعة الأولى زائدة السعر .

• • •

(١) في (م) ، (ع) : [جازته] .

(٢) استدل الإمام الماوردي للمناضية في هذه المسألة ، فقال : « دليلنا هو أن من يملك الإجارة في حق نفسه لم تنفرد عليه الأجرة كالمالك ، ولأن كل قدر صبح أن يؤجر به المؤجر صبح أن يؤجر به المستأجر كالمثل ، ولأن كل حال جاز له العقد فيها بقدر جاز له الزيادة عليه كما أو أحدث عمارة ، ولأنها منفعة ملكها بعوض فصيح أن يزل ملكه بأكثر من ذلك العوض كالزوج يجوز أن يخالف بأكثر من الصداق . راجع الأدلة في النكت ورقة ١٦٨ .

(٣) في (م) ، (ع) : [عينًا] . (٤) في (ن) : [زيادة] .

(٥) ناقش الشيرازي هذا ، فقال : « إذا لم تساو الصارة الزيادة يجب أن لا يجوز ، كما قلتم فبمن اشترى عينًا يساوى عشرة بألف وباعه مع عبد يساوي عشرين من بائة بألفين ، ولأننا بينا أن المنافع كالأعيان للتقضية في جواز المقد عليها ، فكان الربح فيها كالربح في الأعيان ، ولأنه لو لم يطلب له الربح لما أمر بالتصدق به ، إذ لا يتصدق الإنسان إلا بما يلب مال . النكت ورقة (١٦٨) .



بيع العين المؤجرة

١٧٦٦٩ - قال أصحابنا : إذا باع الدار بعد ما أجزاها فالباع موقوف ، فإن أجزاها المستأجر جاز ^(١) .

١٧٦٧٠ - وقال الشافعي : في أحد قوله ^(٢) : البيع جائز ، وللمشتري الخيار إن كان لم يعلم بالإجارة ^(٣) .

١٧٦٧١ - لنا : أنها محبوسة لاستيفاء حق ، فلا ينفذ بيعها بغير رضا من له الحق كالرهن .

١٧٦٧٢ - ولا يلزم الأمة المنكوحة ؛ لأنها ليست محبوسة .

١٧٦٧٣ - ولا يلزم إذا حبس المؤجر في دين ^(٤) ؛ لأن البيع لا يجوز حتى يزول

(١) اختلفت الروايات عن الأحناف في هذه المسألة ، ولذا اختلفت القل في كتب المذهب . إلا أن صاحب البائع وفق بينها فقال : « لو باع المؤجر الدار للمستأجر بعد ما أجزاها من غير علم ، ذكر في الأصل أن البيع لا يجوز ، وذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف ، وذكر في بعضها أن البيع باطل ، والتوفيق ممكن ، لأن معنى قوله : لا يجوز أي لا ينفذ . وهذا لا يمنع التوقف ، وقوله باطل ، أي ليس له حكم ظاهر للحال ، وهو تفسير التوقف ، والصحيح أنه جائز في حق البائع والمشتري ، موقوف في حق المستأجر ، فإن أجزاها جاز ، وإن أبي فلبمشتري أن يفسخ البيع ، متى نسح لا يعود جائزاً بعد انقضاء مدة الإجارة . راجع الدائع (٢٠٧/٤) ، تبين الحقائق (١٤٥/٥) .

(٢) القولان للشافعي في مسألة بيعها لغير المستأجر . أما لو باعها للمستأجر فجائز قولاً واحداً قال في المذهب : وإن أجزع عينا لم باعها من غير المستأجر ففيه قولان : أحدهما : أن البيع باطل لأن بد المستأجر تحول دونه ، فلم يصح البيع كبيع المنصوب من غير الغاصب ، والمهر من غير المهرين . والثاني : يصح لأنه عند عي الشفعة فلم يمنع صحة البيع ، كما لو زوج أمته ثم باعها ، ولا تفسخ الإجارة كما لا يفسخ الكفاح في بيع الأمة المزوجة . وإن باعها من المستأجر صح البيع قولاً واحداً ؛ لأنه في يده ولا حائل دونه فصح بيعها . راجع المذهب (٥٣٣/١) ، مني المحتاج (٣٦٠/٢) ، الحارثي (٢٢٦) ، نهاية المحتاج (٣٢٨/٥) . وهذه الملكية والخاتمة صحة البيع للمستأجر وغيره مع ثبوت الخيار إذا كان البيع لغير المستأجر إن لم يكن يعلم المشتري بالإجارة ، كالقول الذي أثبته المصنف للشافعي هنا . راجع مواهب الجليل (٤٠٧/٢) ، المسمى لابن قدامة (٤٧٢/٥) ، كشف القناع (٣١/٤) .

(٣) راجع مضي المحتاج والحارثي والمذهب في المواضع السابقة .

(٤) في تبين الحقائق : « وإن كان عليه دين فبإعائه (أي المأجور) فهذا علم وبه جاز ، لأنه لا يتخلص عن عهدة الدين إلا بإيمه » تبين الحقائق (١٤٥/٥) .

الحبس بفسخ الإجارة .

١٧٦٢٤ - قال في الزيادات ^(١) : بفسخها القاضي ^(٢) ، ولا يلزم إذا أجر داره شهر رمضان وهما في الحرم ثم باعها قبل شهر رمضان .

١٧٦٢٥ - لأن الطحاوي ^(٣) ذكر في الاختلاف ^(٤) عن ابن سماعه ^(٥) عن محمد

(١) الزيادات على الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن تأليف سليمان الحنفي ، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم (١٢٤٢) رقم ميكروفيلم (٢٠٠٢) .

(٢) جاء في الميسوط : « وإن كان على المؤجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا علر ؛ لأن في إلغاء العقد ضرراً لم يلزمه بالعقد ، وهو الحبس فإن عقد الإجارة لا يزيل ملكه عن العين ، ولا يشت للمستأجر حق في ماله فيكون المدين مجبوراً على قضاء الدين من ماله محبوساً لأجله إذا امتنع ، فلها كان ذلك علراً له في الفسخ ، ثم ظاهر ما يقول هنا يدل على أنه يبيعه بنفسه فيجوز ، وقد ذكر في الزيادات أنه يرفع الأمر إلى القاضي ليكون هو الذي يفسخ الإجارة ويبيعه ، وهو الأصح ؛ لأن هذا فصل مجتهد فيه ، فيتوقف على إضفاء القاضي كالرجوع في الهبة . الميسوط (٣/١٦) . وثيقاً لهذا الاختلاف في النقل عن محمد بن الحسن اختلف الأحناف في الفسخ هل يلزم فيه رفع الأمر إلى القاضي أو لا ؟ ففي كثر الدقائق نقلاً عن الجامع الصغير : « وكل ما ذكر أنه علر فإن الإجارة فيه تنقض » ثم قال : وهذا يشير إلى أنه لا يحتاج إلى قضاء القاضي ؛ لأنه بمنزلة العيب في البيع قبل القبض فيفرد العائد بالفسخ . وفي الزيادات : أن الأمر يرفع إلى الحاكم لفسخ الإجارة ؛ لأنه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة . قال السرخسي : هو الأصح ، ومنهم من وفق فقال : إذا كان العلر ظاهراً انفسخ وإلا ففسخه الحاكم ، وقال قاضيان والنجيري : العلر الطاهر مثل استئجار الحداد لقلع الضرس ثم سكن الوجع . راجع كثر الدقائق ، تبين الحقائق (١٤٦/٥) ، والباب (١٠٥/٢) .

(٣) أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي ، إمام جليل القدر مشهور ، كان يقرأ على الزني الشافعي وهو عاله ، وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب أبي حنيفة ، فقال له الزني : والله لا يحن منك شيء ، فغضب وانتقل من عنده ، وتفق في منعب أبي حنيفة وصار إماماً . له تصانيف كثيرة منها : أحكام التفرق ، ومغاني الآثار ، ومشكل الآثار ، والمختصر واختلاف الفقهاء وغيرها . والطحاوي يفتح الطاء والهاء المحللتين نسية إلى طليحة قرية بصعيد مصر توفي سنة ٣٢١ هـ . راجع الفوائد الهبة ص (٣٢) ، حس المحاضرة (٣٥٠/١) ، طبقات المفسرين للدلاودي (٧٣/١) ، العمر (١٨٦/٢) ، مرة الجناب (٢٨١/٢) ، طبقات الحفاظ (٣٣٧) وغيرها .

(٤) قال الطحاوي : قال أصحابنا : لا يجوز بيعه إلا أن يكون عليه دين محبس به فباعها في دينه ، فهذا علر والبيع جائز . وحكى ابن أبي عمير عن أبي يوسف في إمامته أن المشتري إن علم أنه مستأجر فباع جائز ، ونظر إضفاء الإجارة بمنزلة من اشترى سلعة وعلم بها عيباً ، وإن لم يعلم أنه مستأجر فهو بالخيار : إن شاء مسح البيع ، وإن شاء رضي . راجع اختلاف الفقهاء للطحاوي مخطوط بدار الكتب رقم ٦٤٧ ميكروفيلم رقم ٣٠٢٩٧ ورقه ١١٤

(٥) محمد بن سماعه بن عبد الله بن هلاك بن وكيع أبو عبد الله التميمي ، حدث عن الليث بن سعد وأبي =

أنه لا يجوز بيعه .

١٧٦٢٦ - وكذلك ذكر أبو الحسن ^(١) في الجامع ^(٢) والحكم في المنقذ ، على أنه لا يلزم على العلة ؛ لأن الدار ليست محبوسة قبل المدة .

١٧٦٢٧ - ولا يلزم إذا أنفق على اللقطة ^(٣) بإذن القاضي وحبسها ؛ لأنه لا رواية فيه ، والظاهر أن بيع المالك لا يجوز .

١٧٦٢٨ - قالوا : الرهن عقد على الرقبة ^(٤) يعقد رقبة بعقد ^(٥) البيع على ما يتناوله العقد الأول ، والإجارة عقد على المنفعة ^(٦) فلا يمنع العقد على الرقبة التي لم يعقد عليها ، وصار وزن الرهن : إن يؤجر الدار المستأجرة فلا يجوز ؛ لأنه ^(٧) عقد على ما

= يوسف ومحمد ، وأخذ الفقه عنهما ، ولي القضاء للسامون ببغداد بعد موت أبي يوسف ، له مصنفات منها : أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات وغيرها توفي سنة (٢٣٣ هـ) وكان له من العمر مائة وثلاث سنوات . راجع الفوائد البهية ص (١٧٠) ، مختصر طبقات الحنفية ص (١٤٣) ، شذرات الذهب (٢٣٦/١) وغيرها .

(١) عبد الله بن الحسن أبو الحسن الكرخي . أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، وانتهت إليه رئاسة الحنفية بعد أبي حنيفة . تفقه عليه أبو بكر الرازي وأبو علي أحمد بن محمد الشاشي الفقيه وأبو حامد الطبري وغيرهم . وهو ينسب إلى كرخ قرية بولاية بوساجي العراق توفي سنة (٣٤٠ هـ) ليلة النصف من شعبان . راجع : الفوائد البهية (١٠٨) ، الأعلام (١٩٣/٤) ، معجم المؤلفين (٢٣٩/٦) .
(٢) لأبي الحسن الكرخي الجامع الصغير والكبير ، ذكرهما صاحب كشف الظنون نقلاً عن ذكر الكرخي لهما في مختصره ، قال : « الجامع الكبير لأبي الحسن الكرخي ... ذكره في مختصره وقال : من أراد مجاوزة ما في هذا أكثر من ذلك فالكبير يستغرق ذلك كله . راجع كشف الظنون (٥٧٠/١) أبي الفضل محمد بن أحمد صاحب الكافي المتوفى شهيداً سنة (٣٣٤ هـ) وكتابه المنقذ كتاب في فروع الحنفية فيه نوادر من المذهب ولا يوجد ، وقال الحكم : نظرت في ثلاثمائة جزء مؤلف مثل الأمالي والوارد حتى انتقلت كتاب المنقذ . راجع كشف الظنون (١٨٥/٢) ، معجم المؤلفين (١٨٥/١) .

(٣) للغة بضم اللام وفتح القاف على المشهور عند أهل اللغة وعديدين ، وقال عياض : لا يجوز الإسكان ، وقال الزمخشري في الفائق : والعامية تسكنها . واللقطة : ما يلتقط ويوجد على غير طلب ولا يعرف صاحبه . راجع الفائق للزمخشري (٢٦٥/١) ط مصر ، ومشارك الأتوار للقاضي عياض (٢٦٢/١) ط مصر ، جامع الأصول لابن الأثير (٢٩٠/٩) ط الملاح - دمشق .

(٤) في غير (ن) : [الرهن عقد رقبة بعقد رقبة] .

(٥) في (ع) : [بعقد] .

(٦) راجع المهذب (٥٣٣/١) ، معنى المحتاج (٣٦٠/٢) .

(٧) في غير (ن) : [لأنها] .

١٧٦٢٩ قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الرهن عقد على الرقة وثيقةً وجبتا ^(٢) والبيع عقد على الرقة ملكاً ^(٣) فما وقع عليه أحد المقدين ^(٤) غير ما وقع عليه الآخر .
١٧٦٣٠ - ولهذا يصح أن يعقد الرهن في ملك غيره إذا أعاره ^(٥) فيكون الملك للمالك والرهن من المستعير ^(٦) فأما البيع وإن وقع على ^(٧) الرقة فمن حكم سافهما أن تستحق بمقتضى ملك الرقة ، فصارت المنفعة من هذا الوجه كأن العقد ^(٨) تناولها .
١٧٦٣١ - قالوا : من حق المرتهن أن يباع الرهن في ذمته إذا تعذر القضاء ^(٩) ؛ فلو جوزنا بيع الراهن ^(١٠) سقط بذلك حق المرتهن ^(١١) .

١٧٦٣٢ - قلنا : وكذلك الإجارة عندنا ؛ لأن المؤجر إذا مات مقلشاً انقضت الإجارة ، وإن كان المستأجر أحق بإسكان الدار من سائر الغرماء ، وتباع فيقتضي دينه معها ، فإذا جوزنا بيع المؤجر أبطل هذا الحق على المستأجر ، وهو كبيع الراهن المبطل لحق المرتهن من البيع ^(١٢) .

(١) أي إجارة الدار المستأجرة عقد على المنفعة التي سبق وعقد عليها المستأجر الأول .
(٢) من المعلوم أن عقد الرهن من عقود التوثيقات ، ولا يملك المرتهن في المهرن إلا حق الحبس حتى يسترد منه ، ثم يردّه إلى الرهن ، فملك العين فيه للرهن وليس للمرتهن ، حتى في حالة بيع الرهن فإنه يباع على ملك الراهن .

(٣) لأن عقد البيع يقتضي ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع .
(٤) عقد البيع وعقد الرهن .

(٥) في (م) ، (ع) : [أعادة] وهو خطأ ، والمراد صحة استعارة الشيء لرحمه .
(٦) قال ابن عابدين : « وصح استعارة شيء لرحمه ، لأن المالك رضى بتعلق دين المستعير به ، وهو يملك ذلك كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة فيرهن بما شاء إذا أطلق - أي للمير - ولم يقيده بشيء ، وإن قيده بقدر أو جنس أو مرتبه أو بلد تنقيد به - أي للمستعير - . راجع حاشية ابن عابدين (٥١٣/٦) ، البسوط (١٥٨/٢١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عين] . (٨) في (م) ، (ع) : [كالعقد] .

(٩) أي قضاء الدين الذي على الرهن . (١٠) في (م) ، (ع) : [الرهن] .

(١١) قال في المذهب : ولا يملك - الراهن - التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله **يُحَرِّمُ** ولا **يُزَيِّزُ** ولا **يُزَيِّزُ** ، فإن باعه أو وهبه ، أو جمعه مهراً في نکاح ، أو أجرة في إجارة ، أو كان عبداً فكاتبه لم يصح ؛ لأن تصرفه لا يسري إلى ملك الغير ؛ لأنه يطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بسمه كالفسخ . راجع المذهب (٢١٢/١) .

(١٢) يرى جمهور الفقهاء أن الراهن ليس له أن يبيع العين المرهونة وهي في يد المرتهن ؛ لأن ذلك يبطل لحق المرتهن ، وأن الراهن إن باعها ففلمرتن الحق في الإجارة أو المسخ . راجع البسوط (٦٣/٢١) ، المذهب =

١٧٦٣٣ - ولأنه عقد يمنع الرهن من غيره فيمنع نفوذ البيع . أصله : الرهن والكفالة والبيع ، ولأنه عاجز عن تسليم العين عقيب العقد لعدم ثبوت يده عليها ، فوجب أن لا يتخذ بيعه ^(١) فيها ، كالعبد الآبق ^(٢) .

١٧٦٣٤ - فإن قيل : تعذر التسليم لأنه إن كان عقاراً خلى بين المشتري وبين الرقة وهى في يد المستأجر ^(٣) وإن كان مما ينقل ^(٤) أخذه من يده ^(٥) فسلمه إليه ^(٦) ثم رده إليه ^(٧) ولا ضرر ^(٨) عليه ^(٩) في هذا القدر ، وهذا كما لو انسدت البالوعة فقال المؤجر : أنا أعملها وذلك في مدة يسيرة جاز وإن زالت يد المستأجر ^(١٠) .

١٧٦٣٥ - قلنا : المستحق على البائع تسليم العقار مفرغاً ، وأما إذا سلمه وهو مشغول بسكنى المستأجر ومتاعه فلا يجوز في مدة يسيرة ولا كثيرة ؛ لأنه مستحق للسكنى في جميع المدة .

١٧٦٣٦ - وهذا معنى ^(١١) قولنا : إن التسليم يتعذر ^(١٢) . فأما إصلاح ^(١٣) البالوعة /

= (٤١٢/١) ، بداية المجتهد (٢٠٩/٢) ، شرح منتهى الإبرادات (٢٣٤/٢) ، وتوثيق الدين بالرهن والكفالة للدكتور كمال جودة أبو المعاطي ص (٤٩) ط دار الهدى .

(١) أي المؤجر إذا باع الدار للمستأجر ؛ لأنها مشغولة بإجارة المستأجر لها ، ومن شرط صحة البيع القدرة على تسليم المبيع .

(٢) وإن كان هذا هو المذهب عند الأحناف إلا أن الكرشي منهم يرى جواز بيع العبد الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ، ولا يحتاج إلى تجديد البيع ؛ لأن الإباق لا يوجب زوال الملك . راجع البدائع (١٤٧/٥) .

(٣) فيكون هذا تسليمًا ؛ لأن شأن التسليم في غير المقول هو التخلية ، وفي المقول نقله وتسليمه إلى المشتري وقيل تكفى التخلية أيضًا .

(٤) في (ع) : [يتخذ] وهو خطأ . (٥) أي للمؤجر .

(٦) من يد المستأجر . (٧) إلى المشتري .

(٨) أي إلى المستأجر ومتاعه : وإن كان المباع مما ينقل أخذه البائع من يد المستأجر فسلمه إلى المشتري ثم رده إلى مستأجر مرة أخرى ليستوفى إيجارته ، ويكون حصل بذلك التسليم ، ولم يعد من جراء هذا الأمر ضرر على المستأجر ؛ لأن غاية ما هناك أن العين انتقلت من مالك ، أما المنافع فهي بحالها في يد المستأجر .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا قدر] وهو خطأ . (١٠) أي على المستأجر .

(١١) في معنى المحتاج : ه العين تؤخذ منه وتسلم للمشتري ثم تعاد إليه يستوفي مفتعها إلى آخر المدة ، ويعنى عن القدر الذي تم التسليم فيه ؛ لأنه يسير لا يثبت فيه غير المستأجر كما لو أسدت بالوعة الدار فلا خير ، لأن زمن دفعها يسير . معني المحتاج (٣٦٠/٢) .

(١٢) ساقطة من (م) ، (د) . (١٣) في (ن) : [متعذر] .

فذلك لا يوجب زوال يد المستأجر ، وإنما يفسخها ^(١) المؤجر . واليد للمستأجر كما يملها الصانع والكلام فيما يوجب زوال يده ^(٢) .

١٧٦٣٧ - احتجوا : بأن الحاكم لو باعها في دين على المؤجر لم يحز فسخ بيعه ، وكل من لا يعتبر إذنه في بيع الحاكم لا يعتبر إذنه في بيع مالكه ^(٣) . أصله : الزوج في بيع الأمة المروجة ^(٤) .

١٧٦٣٨ - قلنا : الحاكم لا يجوز بيعه عندنا حتى يقدم عليه فسخ الإجارة ، فيحصل بيعه ^(٥) .

١٧٦٣٩ - ولاحق هناك للمستأجر حتى يعتبر إذنه في بيع الحاكم ^(٦) . ولو باع المؤجر بعد فسخ الحاكم جاز أيضاً ، ولم يعتبر في بيعه إذن المستأجر فلا فرق بينهما . ١٧٦٤٠ - قالوا : عقد على منفعة فلا يمنع العقد على الرقبة كمن زوج أمته ثم باعها ^(٧) .

١٧٦٤١ - قلنا : الزوج لا يثبت له ^(٨) حق الحبس ^(٩) في الأمة فلا يمنع ذلك من تسليمها والمستأجر ثبت له حق الحبس ^(١٠) فيمنع حقه من التسليم ، ومنع التسليم مؤثر ^(١١) في البيع .

١٧٦٤٢ - فإن قيل : الزوج له حق في الاستمتاع إذا فرغت من خدمة المولى وذلك

(١) في (م) ، (ع) : [صلاح] .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [البذل] وهو خطأ .

(٣) قصد الشاخص بهذا عدم فسخ الإجارة ، لأن بيع الدار المؤجرة عندهم على القول الذي يحز بيعه ، فليس جائز ، والإجارة بحالها لا تنسخ على الأصح عندهم ، فلا يثبت للمستأجر حق الفسخ . قال في المذهب : ولا تنسخ الإجارة كما لا يفسخ النكاح في بيع الأمة المروجة . المذهب (٥٣٣/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وانزوجة] وهو خطأ .

(٥) هذا هو اختيار المصنف ، والأمر محل خلاف في المذهب ؛ ففي تبين الحقائق : « واحتلوا في كيمة فسخته فقال بعضهم : يبيع الدار أولاً وينفذ بيعه وتفسخ الإجارة ضمناً لبيعه ، وقال بعضهم : يفسخ الإجارة أولاً ثم يبيع » . تبين الحقائق (١٤٦/٥) .

(٦) لأن الإجارة انفسخت قبل البيع .

(٧) راجع المذهب (٥٣٣/١) ، معني المحتاج (٣٦٥/٢) ، والحاوي (٢٢٦) .

(٨) في (ن) ، (م) ، (ع) : [٤] وهو خطأ .

(٩) ، (١٠) في (م) ، (ع) : [الحبس] وهو خطأ .

(١١) في (ن) . [مؤثر] .

لا يؤثر في التسليم ، لأنه ما من وقت يريد الزوج وطئها إذا أراد المولى استخدامها ، ولا وإنه منعه ^(١) من الوطء للخدمة كذلك له منعه من الوطء ليسلم .

١٧٦٤٣ - قالوا : العين أمانة في يد المستأجر خالية من العقد ^(٢) ، فجاز العقد عليها كالوديعة ^(٣) .

١٧٦٤٤ - قلنا : المودع ليس له حق في بيع العين من المالك فلم « تمنع » ^(٤) يده من بيعها والمستأجر له حق في منع العين من المالك فأثر ذلك في بيعها .

١٧٦٤٥ - قالوا : لو باع ثمرة على النخل ثم باع رقبة النخل جاز ، ولم ^(٥) يمنع العقد على الثمرة العقد على النخل كذلك لا يمنع العقد على المنفعة العقد على الرقبة ^(٦) .

١٧٦٤٦ - قلنا : الثمرة لا تستحق تيقينها ^(٧) [على النخل فإذا باع النخلة فتسلمها يمكن لأنه يأخذ الثمرة فيسلمها فهو كمن باع دارا فيها متاعه ^(٨)] جاز البيع ، لأنه ينقل متاعه ويسلمها . ولو استحق تيقن ^(٩) الثمرة على النخل كالثمره الموصى بها لم يجوز بيع النخلة ^(١٠) لأن التسليم متعذر ^(١١) مثل مسألتنا .

(١) أي منع الزوج .

(٢) جاء في نهاية المحتاج « ويد المستأجر لا تمتد حائلة في الرقبة لأن يده عليها يد أمانة ومن ثم لم يمنع المشتري من تسلمها لحظة لطيفة ليستقر ملكه ثم يرجع للمستأجر » . نهاية المحتاج (٣٧٨/٥) . وبهذا علل صاحب المذهب عدم ضمانها إذا تلفت في يده من غير تعد فقال : « وإن استأجر عينا فاستوفى المنفعة وجسها حتى تلفت فإن كان جسها لعذر لم يلزمه الضمان لأنها أمانة في يده فلم يضمن بالجس لعذر كالوديعة . المذهب (٥٣٤/١) .

(٣) الوديعة لغة الترك . مأخوذة من ودع الشيء يدع إذا سكن واستقر وجمعها ودائع وهي من الأضداد يقال أودعته دفعت إليه وديعة وأودعته قبلت وديعته وهذا غير معروف . وفي الشرع . تطلق على الإيداع وعلى العين المودعة وعلى العقد وهو الأصح . وهي عند الأحناف . تسليط المير على حفظ ماله . وعند الشافعية . توكل في حفظ مملوك أو محرم على وجه مخصوص . راجع مختار الصحاح ، والمصباح « ودع » ص ٧١٤ ، اللب (١٩٦/٢) ، مني المحتاج (٧٩/٣) .

(٤) في (ن) ، (م) ، (ع) : [يمنع] . (٥) في (ن) : [إن] .

(٦) في مني المحتاج لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع الرقبة كالألمه المروجة . مني المحتاج .

(٧) في (م) ، (ع) : [يسلها] بدل تيقينها . (٨) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [بنفسه] . (١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) في (م) ، (ع) : [تعذر] بدل « متعذر » .

ما تلف في يد الأجير المشترك من غير فعله

- ١٧٦٤٧ - قال أبو حنيفة لا ضمان على الأجير المشترك ^(١) فيما تلف في يده من غير عمله ^(٢) .
- ١٧٦٤٨ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله تعالى بضمانه إلا أن يكون ما لا يمكن التحفظ منه كالحريق الغالب ، واللصوص الغالين ^(٣)] .
- ١٧٦٤٩ - وقال الشافعي [^(٤) إن استعمله و ^(٥) يد المالك ثابتة على المعمول فيه ^(٦)] لم يضمن ، كما لو قال : خط الثوب في داري . فإن دفع الثوب إليه فقيها قولان .
- ١٧٦٥٠ - أحدهما : لا يضمن كقولنا .
- ١٧٦٥١ - والثاني : يضمن ، وسوى على ^(٧) هذا القول بين ما يمكن الاحتراز منه وما لا يمكن .
- ١٧٦٥٢ - واختلف أصحابه في صورة الأجير المشترك فمنهم من قال الأجير ^(٨) المشترك أن تكون المنفعة معلومة بالعمل ، كقوله : خط هذا الثوب ، والمفرد أن تكون المنفعة معلومة بالمدة ، مثل أن يقول استأجرتك للخياطة يوماً .
- ١٧٦٥٣ - واختلف من قال هذا في تضمين الأجير المفرد ؛ فمنهم من قال لا
-
- (١) الأجراء نوعان : مشترك ، وخاص فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقضار ، وكل من يقبل الأعمال من غير واحد ، أو هو عبارة أخرى كل من يعمل للمستأجر ولغيره . والخاص هو الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ، كمن استأجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم ونحوه . والفرق بينهما أن المشترك يعمل للمستأجر ولغيره وعمله غير مرتبط بمدة ، خلافاً للخاص فإنه في الوقت المؤجر فيه مشغول لمن استأجره ، فلا يستطيع العمل لغيره . راجع المبسوط (٨٠/١٥) .
- (٢) مثل أن يحترق الثوب عند الخياطة ألتلف بفعل حشرة ونحوها وليس بفعل الخياطة .
- (٣) راجع الباب (٩٤/٢) ، المبسوط (٨٠/١٥) ، البدائع (٢١٠/٤) ، تبين الحقائق (١٣٤/٥) .
- (٤) ساقط من (ن) .
- (٥) تكلمة فتح القدير (٦٢/٨) .
- (٦) في (م) ، (ع) : [عليه] .
- (٧) مي (ن) : [في] .
- (٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

يضمن قولاً واحداً ، ومنهم من قال على قولين ^(١) .

١٧٦٥٤ - الطريقة الثانية ^(٢) : منهم من قال : المشترك هو المشارك في الرأي مثل أن يقول ترعى غنمي [حيث ترى ، والمنفرد هو الذي يعمل بمفرد رأي المالك مثل أن يقول ترعى غنمي ^(٣)] في هذا البستان . هذا ^(٤) المشترك على قولين ، والمنفرد لا يضمن قولاً واحداً ^(٥) .

١٧٦٥٥ - لنا : حديث عمرو ^(٦) بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ » ^(٧) والأجير مؤتمن ، ولأنها عين قبضها يادن مالكها لا على وجه التملك والوثيقة ، فلا تكون اليد مضمونة عليه ، كالدبغة ^(٨) .

١٧٦٥٦ - ولأنها عين قبضها على وجه الإجارة فلا يضمنها إلا بفعل من جهته . أصله إذا قبض الدار لسكنها أو العبد [لعمله] ^(٩) .

١٧٦٥٧ - ولا يلزم الأجرة ، لأنها لا يقبضها على وجه الإجارة لكن يقبضها على عقد

(١) راجع الأم (٢٦١/٣) ، المذهب (٥٣٤/١) ، نهاية المحتاج (٣١٠/٢) ، وللمحابلة رواية توافق الشافعي في أنه إن كان يعمل ويد المالك ثابتة لا يضمن إلا أن المذهب عندهم الصمان مطلقاً . وملعب المالكية ضمان الصانع فيما يغاب عليه لا فيما لا يغاب عليه . راجع بداية المجتهد (١٧٥/٢) ، الشرح الصغير (٣١٢/٣) ، الخطاب وهامشه (٤٢٦/٥) ، المعني (٥٢٥/٥ ، ٥٢٦) ، الكافي (٣٢٨/١) - (٣٣١)

(٢) أي للشافعية في تفسير الأجير المشترك والمخاص .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (ن) : [هذه] .

(٥) راجع : المذهب (٥٣٤/١) ، وانظر تمصيل المسألة في الحاربي (٣٤٧ - ٣٦٩) .

(٦) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي أبو إبراهيم ويقال أبو عبد الله اندسي روى عن أبيه ، وجعل روايته عنه ، وعمته زينب بنت محمد وزينب بنت أبي سلمة وعنه عطاة وعمرو بن دينار وهما أكبر منه والزهرى وقادة ومكحول وغيرهم وقد اختلف العلماء في الاحتجاج بأحاديثه احتلاقاً كثيراً . توفي سنة ١١٠ هـ . راجع الأعلام (٧٩/٥) ، التهذيب (٤٨/٨) ، تقريب التهذيب (٧٢/٢) الطبعة الثانية سنة ١٢٩٥ هـ ، ميراث الاعتدال (٢٦٣/٣) ، شذرات الذهب (١٥٥/١) ، البداية والنهاية (٣٢١/٩) ، سير أعلام النبلاء (١٦٥/٥) وغيرها .

(٧) أخرجه اندلقطى ، وقال فيه ضعف . انظر السنن له (٤١/٣) رقم (١٦٧) ، كنز العمال من حديث ابن عمر - كتاب الرديعة (٦٣١/١٦) رقم (٤٦/٣٣) ط حلب .

(٨) أجاب الشيرازي على هذا القياس قائلًا : قلنا الرديعة لو نلت بالفعل المادون لم تضمن وهما نخص ^(٩) .

النكت ورقة (١٧٠) . (٩) زيادة اقتضاها السياق

ما تلف في يد الأجير المشترك من غير فعله ٣٦٤٣/٧

الإجارة ^(١) . وإن شئت قلت عين قبضها على وجه الإجارة لا يتعلق حقه بها ^(٢) .
١٧٦٥٨ - ولأنه مأمور بالحفظ والعمل ، فلو لم يستحق عليهما بدلاً لم يضمن
الكالين . فإذا لم يستحق على أحدهما عوضاً لم يلزمه ضمان له على الآخر ، كما لا
يضمنه عند الاجتماع . والدليل على أن الأجير لا يستحق أجره ^(٣) الحفظ أنه لو حفظ
ولم يعمل لم يستحق شيئاً .

١٧٦٥٩ - ولأن الأجرة لو كانت للحفظ والعمل فسد العقد ، لأن مقدار الحفظ
مجهول ، فلا تعرف حصته .

١٧٦٦٠ - احتجاجاً : بما روي عن عمر بن الخطاب ^(٤) وعلي بن أبي طالب ^(٥)
أنهما [ضمنا الصئاع ^(٦)] .

١٧٦٦١ - الجواب : أنه روي عن علي ^(٧) أنه لا يضمنه ^(٨) .

١٧٦٦٢ - فنقول : ما روي عنهما ^(٩) من التضمن يجوز أن يكون فيما كان من عمل
الأجير ^(١٠) . وما روي عن علي ^(١١) أنه لم يضمن معناه : ما كان من غير عمله . وكذلك نقول .

١٧٦٦٣ - قالوا : روي عن قتادة ^(١٢) عن الحسن ^(١٣) عن سمرة ^(١٤) أن النبي

(١) في (م) ، (ع) : [التجارة] وهو خطأ . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [أجر] . (٤) سبقت ترجمته ^(٥) .

(٦) جاء في مصنف ابن أبي شيبة بسنده أن علياً ضمن نجاراً ، وفيه أيضاً عن عمر بن الخطاب أنه ضمن
الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم . راجع المصنف (٢٨٥/٦) ، رقم (١٠٩٠ ، ١٠٩١) ، تلخيص
الحبير (٦١/٣) .

(٧) جاء في مصنف ابن أبي شيبة بسنده أن علياً ^(٨) كان لا يضمن الأجير المشترك ، راجع المصنف (٥٣٧/٦) .
(٩) في (ن) : [الأجر] وهو خطأ .

(١٠) قتادة بن دعامة بن قزادة بن عزيز بن عمرو بن ربيعة بن عمرو الحارث البصري ولد بمكة وروي عن أنس
ابن مالك وأبي الطفيل والحسن البصري وغيرهم وعنه سليمان التيمي وجرو وعمر بن الحارث المصري
 وغيرهم . كان من علماء الناس بالقرآن والفقه . قال عنه سعيد بن المسيب ما أناني عراقي أسس من قتادة ت
سنة ١١٧ هـ . راجع الاستيعاب (١٢٧٤/٣) ، الإصابة (٢٤٤/٥) ، التهذيب (٣٥١/٨) .

(١١) الحسن بن أبي الحسن بن يسار البصري أبو سعيد روى عن أبي بن كعب وسعيد بن عباد وعمر بن
 الخطاب ، ولم يدر كههم . وعن ابن عباس وعمر بن العاص ومعاوية وسمرة وبكرهم وروى عنه حميد الطويل
 وزيد بن أبي حرم وقادة وغيرهم . قيل رواية سمرة بن جندب سمعاً وقيل كتابة توفي سنة ١١٠ هـ . راجع
 تهذيب التهذيب (٣٦٢/٢) ، تقريب التهذيب (١٦٥/١) ، شذرات الذهب (١٣٦/١) .

(١٢) سمرة بن جندب بن هلال بن جريح بن مرة بن حزن بن جابر يكنى أبا عبد الرحمن وقيل أبو عبد الله =

يَقُولُ : [عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تَوَدَّ] ^(١) .

١٧٦٦٤ - قلنا : هذا يقتضي وجوب رد العين ، وذلك لا يكون إلا مع بقائها ^(٢) وكذلك نقول والحلاف في رد القيمة بعد هلاك العين ، والخبر لا يتضمن ذلك .

١٧٦٦٥ - فإن قيل : لا يخلو أن يكون المراد على اليد رد العين [التي أخذت أو قيمة العين] ^(٣) ، ولا يجوز أن يكون رد العين حتى يرد العين لأنه يقتضي أن يعتبر الشيء غاية نفسه ^(٤) ، فبقي أن يكون المراد على اليد قيمة العين حتى ترد .

١٧٦٦٦ - قلنا : قال سيويه ^(٥) : عَلَيَّ كَذَا يعني استقر عَلَيَّ كَذَا .

١٧٦٦٧ - قال : وقولهم على فلان دين . شبه بالشيء الذي يستعمل على غيره ويستقر عليه ^(٦) ، وإذا كان كذلك فتقديره استقر على صاحب اليد ما أخذ حتى ^(٧) يرد ، وهذا يفيد وجوب حق عليه فسقط رد العين . فأما القيمة فلم يجز لها ذكر ، فلا حاجة بنا إلى إضمارها .

١٧٦٦٨ - قالوا ^(٨) لو أجز عبيده فسلمه كان ضمان ملكه ، لأنه بذل المنفعة بعوض . كذلك إذا استأجره فسلم الثوب إليه كان من ضمان باذل المنفعة بعوض ^(٩) .

= وقبل غير ذلك سكن البعرة وكان زياد يستحلفه عليها ستة أشهر وعلى الكوفة ستة أشهر فلما مات زياد أقره معاوية على البصرة عاما أو نحوه ثم عزله . كان من الحفاظ للكثيرين عن رسول الله ﷺ ت سنة ٥٨ هـ راجع : الاستيعاب (٦٥٤/٢) ، التهذيب (٢٣٦/٤) ، الإصابة (١٧٨/٣) ، (١٧٩) .

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٨/٥) بلفظ « حَتَّى تَوَدَّ » وفي (١٢/٥) بلفظ « حَتَّى تَوَدَّ » وفي سنن أبي داود باب تضمين العارية (٨٢٢/٣) رقم (٣٥٦١) وفي سنن ابن ماجه باب العارية (٨٠٢/٢) رقم (٢٤٠٠) ، والدارمي باب العارية مؤداه (٢٦٤/٢) ، والحاكم في المستدرک . كتاب البيوع (١٧/٢) ، والطبراني في الكبير (٢٠٨/٤) ، وانظر تلخيص الحبير (٥٣/٣) رقم (١٢٦٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [إِبْقَائُهَا] . (٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) عمرو بن عثمان بن قنبر أعلم الناس بالحو بعد الخليل يكي أبا بشر وأبا الحسين والأول أشهر ، ألف كتابه في النحو الذي سماه الناس قرآن النحو وإذا أطلق الكتاب في اللغة انصرف إليه . ت سنة ١٦١ هـ . راجع . طبقات النحويين واللغويين ص ١٦ ، معجم الأدباء (١١٤/١٦) ط عيسى الحلبي ، إتيان الرواة (٣٤٦/٢) ، بهية الوعاة (٢٢٩/٢) ، تاريخ بغداد (١٩٥/١٢) ، وفیات الأعيان (٨١/٥) ، كشف الطنون (٨٠٢/٥) .

(٦) راجع كتاب سيويه (٢٦٨/٣) ، (٤٢٠/١) ط الهيئة المصرية للكتاب .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) . (٨) في (ع) : [قَالَ] .

(٩) معنى هذا أن باذل المنفعة بعوض عليه الضمان مؤجرا كان أو مستأجر . فإن كان المالك هو باذل المنفعة =

ما تلف في يد الأجير المشترك من غير فعله = ٣٦٤٥/٧

١٧٦٦٩ - قلنا : إنما كان العبد من ضمان مالكه ، لأنه يسلم العين بالإجارة لاستيفاء العمل فيها ، كذلك الثوب قبضه الأجير ^(١) بالإجارة ^(٢) ، وإيقاع العمل فيه فلم يكن مضموناً .

١٧٦٧٠ - قالوا : العمل مضمون وقد استحق على الأجير ^(٣) تسليم العين مصبوبة ، والبذل في مقابلة ذلك فكانت العين ^(٤) والعمل مضمونين عليه ^(٥) .

١٧٦٧١ - قلنا : الواجب عليه تسليم العمل ، إلا أنه لا يفرد عن العين ، فيزومه تسليم العين الأمانة ليسلم العمل المضمون ، فلا يوجب ذلك ضمان العين ، كمن عنده ألف وديعة وألف مضموبة اختلطتا بغير [فعله ^(٦)] فعليه تسليمها ^(٧) ، ولا يضمن الوديعة ، وإن لم يفرد تسليم العين المضمونة عنها ^(٨) .

١٧٦٧٢ - واحتج أبو يوسف ومحمد : بأن الأجير ^(٩) لما ضمن ^(١٠) بالعمل ضمن بالقبض كالأخوذ على وجه السوم ^(١١) ، وعكسه البراغ ^(١٢) لما لم يضمن بالعمل لم يضمن قبله .

١٧٦٧٣ - قلنا : التلف بالعمل ليس بمضمون ، بدلالة أنه لو تلف في حال العمل

= يعرض فالضمان عليه كمن أجر عبده فسلمه كان الضمان على المالك وإذا كان الأجير هو باذل اللغة يعرض كان الضمان عليه ، كمن سلم الثوب إلى غياط ليخطيه كان الضمان على الغياط ، لأنه هو باذل المنفعة يعرض .

- (١) في (ن) : [الآخر] .
(٢) في (ن) : [الأجير] .
(٣) في (ن) : [العمل والعين] .
(٤) في (ن) : [الأجير] .
(٥) راجع الحاروي (٣٥٣) .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) أي الألف المفصولة لأنها مضمونة .

(٨) أي يلزمه تسليم الوديعة الألف مع الألف الأخرى المفصولة ، لأن المفصولة مضمون ، ولا يمكن تسليمه إلا بتسليم المحلوط معه ، ولذلك أكرم تسليم الوديعة مع أنها غير مضمونة إن تلفت بغير تعدد ثم وانقرض أحد الوديعة والمفصولة كليهما فمملوكان لشخص واحد .

- (٩) في (ن) : [الأجير] .
(١٠) في (ن) : [يضمن] .
(١١) ست بالسلمة وسأوت واستمت بها وعليها غايت واستتمه إياها وعليها سأوت سوماها . وقال الجرجاني : السوم طلب المسح باليمن الذي تقرر به البيع . راجع القاموس المحيط باب الميم فصل السن (١٣٥/٤) ، التعريفات ص ١٠٩ ، وقد استدل الشافعية بهذا الدليل أيضاً للقول الثاني بالضمان . راجع مني المحتاج (٣٥١/٢) .

(١٢) بالفتح [النزاع] وهو خطأ والبراغ المحجام والبطر . راجع القاموس المحيط باب العين فصل الماء (١٠٦/٣) .

من غير العمل [لم يضمن ^(١)] فكذلك قبل العمل ، وإنما المضمون ما تولد من العمل وذلك لا يوجب ثبوت الضمان قبل العمل .

١٧٦٧٤ - ألا ترى أن الوديعة تضمن بإيقاع الفعل ولا تضمن بقبضها ، ثم الضمان لو تعلق بالقبض استوى ما يحترز منه و ^(٢) مالا يحترز منه بقبض الغصب والمقبوض على وجه السوم .

• • •

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . جاء في مختصر غلاميات البيهقي ١ في تضمنين الأجير المشترك ما ينفذ من غير تعديه قولان . وقال العراقيون . ما تلف بفعله ضمه ، وإن لم يكن مفرطاً فيه . وما تلف بغير ضله فلا يضمنه . روي عن علي عليه السلام كان يضمن الصانع وقال لا يصلح الناس إلا ذاك . وروي عن عمر عليه السلام تضمن بعض الصانع من وجه فيه نظر وقضى شريح على قنار أو صباغ بالضمان وعن الفقهاء من التابعين أنهم كانوا يقولون السَّال والسَّالِغ والخباط وأصحاب الصناعات كلهم ضامون لكل ما دفع إليهم وعن قال لا يضمن عطاء بن أبي رباح قال : لا ضمان على صانع ولا على أجير . ذكره في السنن . وروي عن علي عليه السلام من وجه لا يثبت مثله أنه كان لا يضمن أحداً من الأجراء . ذكره في السنن وروي حماد بن أبي سليمان عن النخعي أنه قال . لا يضمن . وقال سليمان بن مهران . سألت إبراهيم عن القنار فقال يضمن . فهذا اختلافهم في الضمان ولم يحك عن أحد منهم التفصيل بين ما يكون بفعله أو فـ ض غيره وما ثبت فيه الأثر أولى القولين والله تعالى أعلم . راجع مختصر غلاميات البيهقي لأبي عبد الله محمد بن فرح مخطوط بمكتبة أحمد الثالث بتركيا تحت رقم (١٠٨٠) فقه ورقة (٢٢٢) .



تلف العقود عليه بفعل الأجير المشترك

- ١٧٦٧٥ - قال أصحابنا : إلا زفر^(١) ما تلف بعمل الأجير^(٢) المشترك مضمون^(٣) .
- ١٧٦٧٦ وقال الشافعي إن قلت الأجير يضمن ما تلف بغير عمله فما تلف بعمله أولى به . وإن قلت لا يضمن ما تلف من غير عمله فكذلك ما تلف بعمله^(٤) .
- ١٧٦٧٧ - لنا : أن العمل مضمون عليه فما يتولد منه يكون مضمونا كالحياطة .
- ١٧٦٧٨ - وإنما قلنا إن العمل مضمون ، لأن في مقابله بدل مضمون^(٥) ويجبر على تسليمه .
- ١٧٦٧٩ - ولا يلزم النزاع^(٦) . والفاسد^(٧) والحاجم^(٨) لأن العمل ليس بمضمون

- (١) في (ن) : [الأدقة] ، وفي (ج) ، (د) : [ألا إن فيه] وكلاهما تحريف .
- (٢) هذه المسألة تعني تلف العقود عليه بفعل الأجير المشترك من غير قصد منه ولا تمد لأن الفقهاء مجمعون على أن اتلف إن كان عن عمد يضمن . فإن الثوب المستأجر على صيغة أو خياطته مثلا إذا تلف فإما أن يكون بغير فعل الأجير وقد مضى حكمه في المسألة السابقة وإما أن يكون بفعله مقصودا لإتلافه أولا ؛ فإن قصد إتلافه فلا خلاف على ضمانه ، وإن كان غير مقصود فهذا هو محل النزاع في المسألة .
- (٣) وإما المالكية والحنابلة الأحناف في هذه المسألة . راجع : الباب (٩٣/٢) ، تبين الحقائق (١٣٥/٥) ، المبسوط (٨٣/١٥) ، تكملة فتح القدير (٦٣/٨) ، بدائع الصنائع (٢١١/٤) ، الشرح الصغير (٣١٤/٣) ، المدونة الكبرى (١٧٥/٢) ، للمغني (٥٤٥/٥) .
- (٤) وافق الإمام الشافعي زفر من الأحاف . ومعلوم أن للشافعي في تضمين الأجير المشترك ما تنف بغير عمله قولين سبقت الإشارة إليهما في لمسألة السابقة ، إلا أن القول بعدم الضمان هو الراجح في مذهبه وهو اختيار المزني ، واختار الربيع الضمان قال « كان الشافعي يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير وبكه لا يفتي به لفساد الناس » . راجع المذهب (٣٥٤/١) ، الأم (٢٦١/٣) ، مختصر المزني (٨٥/٣) ، هامة المحتاج (٣١٠/٥) ، مني المحتاج (٣٥٠/٢) .
- (٥) أي : الأجير .
- (٦) في (م) ، (ع) : [النزاع] .
- (٧) الفصد : شق العرق . فصدده بقصده فصداد وفصادا ، فهو فصيد ، فصد الباقية شق عرقها ليشترحه دمه ، وقيل الفصد قطع العرق . اللسان « فصد » (٣٤٢٠/٤) .
- (٨) الحجيم - المص - يقال حجيم الصبي تذي أنه إذا مصه والحمام المصاص قال الأزهري يقال لحجيم حجما لا متصاصه فم الحجمة . والحجمة ما يحجم به اللسان « حجيم » (٧٩٠/١) .

عليهم ، لأنهم لا يحبرون عليه لو امتنعوا عنه ^(١) .
 ١٧٦٨٠ - ولا يلزم من استأجر دابة ليحمل عليها عبداً فعثرت ^(٢) فمات العبد ، لأن سير الدابة عمل غير مضمون وتلف العبد متولد منه .
 ١٧٦٨١ - ولا يضمن لأن من أصحابنا من قال : إن المسألة ^(٣) موضوعة على الكبير الذي يستمسك على الدابة [فالدابة ^(٤)] في يده ، وهو ^(٥) في يد نفسه فلا يضمنه ^(٦) المكاري [كما لا يضمن ^(٧)] المتاع إذا تلف بسقوط الدابة وصاحبه فوقه ، فإن كان العبد صغيراً فهو في يد المكاري فيضمنه كالمشاع .
 ١٧٦٨٢ - وهذا معنى صحيح لأننا نعني بقولنا عمل مضمون عمل الأجير ، وسير الدابة ليس هو « عمله » ^(٨) ، وإنما عمله السوق . فإذا كان العبد عليها وهو « مستمسك » ^(٩) عليها فهو المسير لها ، فتلفه من عمله ، لا من عمل المكاري ، وإذا كان لا يستمسك فليس بمسير لها ، فاعتبر سوق المكاري ووجب عليه الضمان .
 ١٧٦٨٣ - فإن قيل : المضمون هو عمل في ذمة الأجير ، وما في الذمة لا يتولد منه تلف .
 ١٧٦٨٤ - قلنا : إيفاء ما في الذمة ^(١٠) هو المضمون الذي يجبر الأجير عليه ، والبدل في مقابلته ، والتلف متولد من ذلك الإيفاء ، والبدل في مقابلة ما يتعين عما في الذمة .
 ١٧٦٨٥ - ولا يلزم على العلة الأجير الخاص ، لأن عمله « لا يقابله » ^(١١) بدل .
 ١٧٦٨٦ - ألا ترى أنه يستحق البدل بتسليم نفسه في المدة عمل أو لم يعمل . ولأن « العقد » ^(١٢) تناول القصارة . وهو العمل المصلح للثوب ، فإذا عمل عملاً أفداه فقد

(١) في (٥) : [منه] راجع تبين الحقائق (١٣٧/٥) .

(٢) في (٥) : [فثرت] بدلاً من « عثرت » .

(٣) قال في كثر الدقائق « ولا يضمن به من غرق في السفينة أو سقط من على الدابة وإن كان بسوء وقوده ، لأن ضمان الأدمي لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية ، ولهذا لا تتحمله العقلة إلا إذا كان بالجناية وقيل هذا إذا كان كبيراً ممن يستمسك على الدابة ، ويركب وحده ، ولا فهو كالمشاع . والصحيح أنه لا فرق . راجع كثر الدقائق والتبيين (١٣٥/٥ ، ١٣٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
 (٥) في (م) ، (ع) : [يضمن] .
 (٦) في (م) ، (ع) : [يستمسك] .
 (٧) في (م) ، (ع) : [يعمل] .
 (٨) في (م) ، (ع) : [المدة] .
 (٩) في (م) ، (ع) : [مقابلته] .
 (١٠) في (م) ، (ع) : [العمل] .

فعل ما يتناولُه العقد فصار كما لو ^(١) اعتمد الدواء المفسد مع العلم .

١٧٦٨٧ - ولا يلزم القضاء ، لأن العقد تناول / الجراحة التي لا يتجاوزها الموضع المتأذى فإن فعل ذلك فقد فعل ما يتناولُه العقد ، وإن تجاوز ضمن عندنا . فأما القصار ^(٢) فتحريق الثوب لا يكون إلا بأن يأتي من الدق بما لا يحتمله الثوب أو يحصل من مطاوي الثوب [إن كان فيه حصة] ^(٣) والدق على هذه الصفة غير مأذون بين هنا أنه يصح إن شرط في المعقود مالا يحرقه ولا يصح إن شرط على البزاع بزعا لا تموت الدابة منه لأن ^(٤) البرغ جراحة والجراحة ^(٥) لا يمكن التحفظ فيها من الموت .

١٧٦٨٨ - ولا يلزم على العلة إذا استعان ^(٦) برجل ، يدق له ثوبا ، لأنه أذن له في الدق مطلقا فتناول ما يحرق وما لا يحرق ومن القسارة ^(٧) العمل الذي يصلح الثوب فإن أذن للمستعان به في دق يحسن الثوب ويصلحه فهو كالقسارة .

١٧٦٨٩ - احتج المخالف : بأن كل ما لو تلف في يده بغير فعله لم يضمنه ^(٨) فكذلك بفعل ما تعدى به كالوديعة ^(٩) .

١٧٦٩٠ - قلنا : يطل بمن ضرب زوجته فماتت فهو غير متعد في ضربها ويضمن .

١٧٦٩١ - ولأن ^(١٠) الفعل وإن لم يتعد ^(١١) فيه فلا يمتنع أنه يقع على شرط

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) القصار والمقصر المحور للثياب لأنه يدقها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب وفرقة القصرة والمقصرة خشبة القصار . راجع : اللسان (قصر) (٣٦٤٩/٤) ، المصالح المير ١٠٨ .

(٣) ما بين المكوفين بدل من : « جنباه » الواردة في النسخ جميعها ، والمضى مع هذه الزيادة أن القصار دق الثوب وكان في طياته حصة لم ينحصر وجودها فيكون مقصرا عن التحري فيضمن . ففي تبين الحقائق « أن الفساد إما أن يكون لحرق في العمل بالدق لا على الوجه الذي يحتمله الثوب أو لخشونة في المدة أو لحلل في الثوب بأن كان فيه حصة أو فساد طي وغير ذلك والرجل إذا كان بصيرا في صنعه يمكنه التحرز عن ذلك بالمبالغة في البحث عن الحلل والمراقبة في الدق . التبيين (١٣٧/٥) .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [استعان برجل] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : زيادة [العقد تحصيل] وهي تفسد المعنى .

(٨) قاعدة : « كل ما تلف في يده بغير فعله لم يضمنه » .

(٩) راجع الأم (٢٦١/٣) : [وما] نافية والمراد لم يتعد به .

(١٠) في (ن) : [فزن] .

(١١) في بعض النسخ [يتلف] جاء في تبين الحقائق : ولو شرط على القصار العمل على وجه لا يتحرق

صح لأن في وسعه ذلك تبين الحقائق (١٣٧/٥) .

السلامة ، كالجُلوس في طريق المسلمين للاستراحة إذا تعثر بالجالس إنسان فلف . كذلك في مسائلنا القصار لم يفعل [إلا] ^(١) الدق ، إلا أن عمله بشرط السلامة ، فيضمن ما تولد منه . فأما الوديعة إذا تلفت ^(٢) بعمل مأذون ^(٣) فذلك العمل غير مضمون على المودع ، وقد وقع الإذن مطلقاً فلم يضمن .

١٧٦٩٢ - وفي مسائلنا العمل مضمون فما يتولد منه مضمون ^(٤) .

١٧٦٩٣ - قالوا : هلاك لو كان في يد الأجير المنفرد لم يضمنه فكذلك في يد ^(٥) غير المعرد ^(٦) كما لو هلك بغير فعله . ولأنها عين هلكت في يد الأجير من غير عدوان فلم

(١) : إلا : زيادة إقتضاهما السياق فيما هو ظاهر . (٢) : في (م) ، (ع) : [تلف] .

(٣) : بالسبع (ص) ، (م) ، (ع) : [ما دون] .

(٤) : يرى الأحاف في الأجير المشترك إذا كان قصاراً فأنلف الثوب بأنه يضمن وصاحب الثوب بالخيار في تضمينه الثوب مقصوراً أو غير مقصور مع دفع الأجرة إليه في حالة صمانه الثوب مقصوراً . قال الأسدي سبنا وجهة نظر المذهب ومناقشا المخالف : الأجير المشترك يضمن ما جت به ، والمالك بالخيار إن شاء ضمنه الثوب غير مقصور ، ولم يعطه الأجر . والقياس أن لا يضمن . والوجه أن الأجير يضمن أنه أنلف مالا مملوكا متقوماً معصوماً حقاً للمالك من غير رضاه ، فيجب عليه الضمان ، قياساً على ما إذا خرقة قبل العقد ، فإن قيل : قولكم بأنه أنلف مال الغير ، قلنا : لا نسلم بأنه أنلف ، وهذا لأن الإلتلاف ما يقصد به التلف ولم يوجد منه إلا القسارة ، فلا يكون إلتافاً ونحن سلمنا أنه أنلف المال بهذه الأوصاف ، ولكن لم قلتم بأنه بغير رضى المالك ؟ قوله : الظاهر من حاله عدم الرضا . قلنا : بلى ، ولكن جاز أن يوجد منه تصرف يدل على الرضا بالتلف لغرض من الأغراض ، أو نقول : لا يرضى به قصداً أم ضمناً ؟ وهذا لأن المستحق بالعقد يجب تسليمه ، وهو مأذون فيه من جهة العاقد ، والعمل المصلحة قطعاً كما يصلح طريقاً ، فكذلك المصلحة من وجه المسد من وجه طريق ، ولئن سلمنا أنه حصل ابتداء ولكن إنما يجب الضمان إذا أمكن فلم قلتم بأنه أسكن ، ويبان عدم الإمكان أن لو جب الضمان لا يخلو : إما أن يجب ضمان ثوب مقصور أو ضمان ثوب غير مقصور . لا وجه للقول لأن وصف القسارة هلك على ملك الأجير . ولا وجه للثاني لأن الإلتلاف ما صادف ثوباً غير مقصور . الجواب : قوله : لم قلتم بأن هذا الفعل إلتلاف قلنا : لأننا أجمعنا على أنه لو وجد قبل العقد يكون إلتافاً ، والفعل الحقيقي لا يتفاوت أن يكون قبل العقد أو بعده ، والقصد ليس بشرط الضمان . قوله : جاز أن يرضى به لغرض من الأغراض قلنا : لا نسلم . قوله : لا يرضى به قصداً أم ضمناً قلنا : لا قصد ولا ضمناً : أما قصداً فظاهر ، وأما ضمناً فلأن الحاجة تتدفع باستحقاق العقود عليه من غير إختاف الضرر . قوله : إما أن يجب ضمان ثوب غير مقصور أو مقصور قلنا : يجب ضمان ثوب غير مقصور . قوله : الإلتلاف صادف ثوباً مقصوراً قلنا : بلى ولكن ذات الثوب ملكه ، وصفة القسارة ليست ملكه ، فيجب ضمان ملكه لا ضمان غير ملكه . راجع : طريقة الخلاف في العقد بين الأئمة محمد بن عبد الحميد الأسدي ص (٣٦٧ - ٣٦٩) ط مكتبة التراث .

(٥) : ساقطة من (ن) . (٦) : في (م) ، (ع) : (الزنه) : وهو خطأ .

تلف المفقود عليه بفعل الأجير المشترك
يلزمه الضمان كالأجير المنفرد^(١) .

١٧٦٩٤ - قلنا : الأجير المنفرد عمله غير مضمون بدلالة أن البذل [لا يقابله]^(٢) .
فما تولد منه لا يضمن كقطع السارق . وعمل الأجير المشترك مضمون فما تولد منه
مضمون كالقطع بغير حق ، واعتبار العدوان^(٣) . يبطل بضرب الرجل امرأته ، وبالحلوس
في الطريق .

١٧٦٩٥ - قالوا : عمل الأجير الخاص مضمون ، بدلالة أنه لو امتنع في المدة من
العمل لم يوجب الأجر . وإنما تجب الأجرة إذا سلم نفسه ، لأن المستأجر لم يستعمله
فأتلف منافعه عليه ، وهي في يده ، فصار كما [لو]^(٤) [أتلف المشتري] المبيع^(٥) في
يد البائع .

١٧٦٩٦ - قلنا : إذا امتنع من العمل فلم يسلم نفسه ، والعقد وقع على ذلك . فأما
قولهم إن أتلف المنفعة في يده فقلط لأنه امتنع من [تسليمها]^(٦) وهذا ليس بإتلاف ،
ومن أصل مخالفنا أن المنقولات لا تضمن بالتخلية^(٧) .

(١) في الحاوي : « لأنه لما كان أحد الأجيرين وهو المنفرد مؤتمنا وجب أن يكون الأجير المشترك مؤتمنا ،
الحاوي (٣٥٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : « مقابلة » والمراد أن الأجر لا يقابل العمل في الأجير المنفرد ، لأن عقد الإجارة يقع
على المدة فيها ويستحق الأجير الأجر ، عمل أو لم يعمل ، بخلاف الأجير المشترك فلا يستحق إلا بالسلم .

(٣) في (م) ، (ع) : [البدان] بدلاً من « العدوان » وهو خطأ .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [تسلمها] .

(٦) لأن التسليم في المنقولات لا يتم إلا بالنقل عندهم . قال في المذهب : « والتبض فيما ينقل النقل ، كما روى
زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ نَهَى أَنْ تُبَاعَ الشَّيْءُ حَيْثُ تُبَاعُ عَتَى بِخِزْمَةِ الشَّجَارِ إِلَى وَجْهِهِمْ . » وبما لا
يقبل كالغنم والتمر قبل أو أن الجداد التحلية ، لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف ، والعرف
فيما يقبل النقل وفيما لا يقبل التحلية . راجع المذهب (٣٥٠/١) . وعند الأصناف يتم التسليم بالتخية في
المبيع عقاراً كان أو منقولاً . قال في الباب : ثم التسليم يكون بالتخية على وجه يتسكن من القبض بلا مانع
ولا حائل ، لأن التحلية قبض حكماً مع القدرة عليه بلا كلمة . الباب (١٢/٢) وعلى هذا فالمنقون
يضمنون بالتخية عند الأصناف .



الدابة المستأجرة إذا تلفت بضربة

- ١٧٦٩٧ - قال أبو حنيفة عليه إذا استأجر دابة فضر بها أو كبحها فماتت ضمن^(١) .
- ١٧٦٩٨ - وقال أبو يوسف ومحمد إن فعل ما يعتاده الناس لم يضمن ، وبه قال الشافعي^(٢)
- ١٧٦٩٩ - لنا : أنه ضرب لاستيفاء منفعة^(٣) لنفسه فما تولد منه يكون مضمونا أصله ضرب امرأته^(٤) .
- ١٧٧٠ - ولا يقال : إن الآدمي يمكن رده عما هو عليه بالكلام والعيب ، والدابة لا يمكن [تسيرها]^(٥) إذا وقفت إلا بالضرب ، لأن الدابة يمكن تسيرها بالصباح عليها وتحريك الرجل^(٦) لأن في^(٧) الآدميين من لا يزجر إلا^(٨) بالعنف ، ولهذا أمر الله تعالى بضرب النساء ولم يقتصر على زجرهن بالكلام^(٩) .

- (١) وافق أبا حنيفة في هذه المسألة الثوري . راجع الباب (٩٢/٢) ، البدائع (٢١٣/٤) ، الموطأ (١٧٤/١٥) ، والمغني (٢٣٧/٥) .
- (٢) وافق الشافعي في هذه المسألة جمهور الفقهاء . راجع : الأم (٢٦١/٣) ، المهذب (٥٣٣/١) ، محي المحتاج (٣٥٣/٢) ، الحاوي (٣٧٠) ، المغني (٥٣٧/٥) .
- (٣) في (ن) : [منفعة] .
- (٤) قال الشيرازي : « إذا استأجر دابة للركوب فضر بها أو كبحها بالجماع فلفت لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن . لنا أنها هلكت في يده بغير عدوان فأشبهه ابوديمة ولأن ضرب البهيمة للسوق متعارف وإضرارها كالشطوط في ثم المطوق به لا يتعلق به الصمان وهو ضرب الراتص فكل ذلك ها هنا . قالوا صرب لم يقع العقد عليه فأشبهه ضرب الزوجة . قلنا : إلا أنه لا يوصل إلى الموقود عليه إلا به فصار كالموقود عليه كالاقتضاض في النكاح . وبخلاف الروجة لأنه يمكنه استيفاء الموقود عليه بالزجر والكلام فإذا عدل إلى الضرب وجب عليه الصمان بخلاف البهيمة . التكت ورقة (١٧٠) .
- (٥) في (م) ، (ع) : [سيرها] .
- (٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
- (٧) في (ن) : [وي] .
- (٨) في (ص) غير واضحة وتتمل فرائدها ، وفي باقي النسخ ساقطة والسباق يقتضي إدراج [إلا] (٩) الدليل عليه قوله تعالى : ﴿ ... وَأَلَيْنَا نَقَاطُونَ شُرَكَاءَ نُوَظَرُكَ وَأَعْمُرُوكَ فِي السَّمَكِينِ وَأَشْرُوكَ كَقَدِ ائْتَمَرْتُمْ مَكَرًا تَشْتَوْنَ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَذَلِكَ عَلِيمٌ خَفِيًّا ﴾ س الآية : ٣٤ من سورة النساء .

الدابة المستأجرة إذا تلفت بضربة ٣٦٥٣/٧

١٧٧٠١ - ولأن دابة الغير تلفت بضربه ^(١) من غير إذن من طريق النطق ، فوجب أن يضمن ^(٢) .

١٧٧٠٢ - أصله : إذا كان الضرب غير ^(٣) معتاد ولا يلزم جواز أهل الحرب لأن الضرب المعتاد وغير المعتاد سواء . ولأنه مخير بين ^(٤) الاستيفاء [بضرب معتاد وبدونه] وإذا ^(٥) تلف من ضربه ضمنه كالمرونة ولا يلزم إذا أذن نطقاً لأيهما يستويان .

١٧٧٠٣ - ولأنه فعل يمكن تحصيل المعقود عليه دونه ، فإذا أدى إلى التلف ضمن أصله ضرب المعلم والزوجة ^(٦) .

١٧٧٠٤ - احتجوا ^(٧) : بأنها هلكت بفعل لم يخرح المكثري من العرف به فصار كما لو هلكت من الركوب .

١٧٧٠٥ - قلنا : يطل إذا استأجر عبداً للخدمة فضربه . والمعنى في الركوب أنه مأذون منه نطقاً ، فما تولد منه لا يضمن ، وفي مسألتنا تلفت من فعل لمنفعة المستأجر لم يتناوله الإذن نطقاً .

١٧٧٠٦ - قالوا : الرائص ^(٨) إذا ضرب الدابة لم يضمن ^(٩) .

١٧٧٠٧ - قلنا : لا نسلم هذا ويلزمه الضمان إلا إن أذن ^(١٠) له في الضرب .

(١) أي بضرب المستأجر .

(٢) إذا كان الضرب وإذا رب الدابة فإن أبا حنيفة لا يضمنه . راجع البائع (٢١٣/٤) . المبسوط (١٧٤/١٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) . (٤) كذا بالسسخ ولعل صوابها : [في] .

(٥) كذا بالسسخ ولعلها : [فإذا] وما بين المكوّفين قبلها زيادة اقتضاها السياق .

(٦) قال في نهاية المحتاج اعتراضاً على هذا الأصل : « فإن قيل ضرب الزوج زوجته العبر المعتاد يوجب الضمان . أجب بأن تأديها ممكن باللفظ وعلى تقدير الظن أنه لا يفيد إلا الضرب فهو اجتهد فاكفى به للإباحة دون سقوط الضمان » معني المحتاج (٣٥٣/٢) .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) بالسسخ الرابض وهو خطأ . والرائص مفرد جمعها رائص تقول رضى الدابة راضاً ذلتها ودرنّها فالعامل رائص وهي مروضة « والرائص على هذا هو معلم الدواب » المصباح (٢٤٥) .

(٩) قال في الحاوي قال الشافعي فأما الرواض فإن شأنهم استصلاح الدواب وحملها على السير والحمل عليها بالضرب على أكثر مما يفعله الراكب . فإن قل من ذلك ما يراه الرواض صلاحاً بلا إعتات (مشقة) بين لم يضمن . الحاوي (٣٧٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أذن] ، وفي غيرها : « يأذن » .

- ١٧٧٠٨ - قالوا : (لهم مستأجرة تلفت بما يضمنه ^(١)) . وعقد الإجارة ^(٢) لم يتناول الضرب ^(٣) . والمفني في التلف من الحمل ما قدمنا ^(٤) .
- ١٧٧٠٩ - فإن قيل : لا فرق بين ما يتناوله العقد عرفاً ونطقاً بدلالة نقد البلد .
- ١٧٧١٠ - قلنا : نقد البلد لا يصح [العقد ^(٥)] دون اعتبار العرف فيه . وفي مسائلنا يصح العقد دون ذلك . فصار كالتلف المسمى ، وما لم يفتقر العقد إلى العرف لم يعتبر فيه .
- ١٧٧١١ - قالوا : (لو استأجر دابة فأسرجها أو أوكفها لم يضمن ، وإن لم يتناول العقد ذلك نطقاً ، لأن السرج يوضع ^(٦) المنفعة الدابة ومنفعة المستأجر .
- ١٧٧١٢ - ونحن قلنا : تلف من فعل لمنفعة المستأجر لم يؤذن فيه نطقاً ^(٧) .

* * *

- (١) في (د) : [تضمنه] .
- (٢) قال ابن قدامة : لما أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ، ولأن الضرب متى تضمنه عقد الإجارة ، فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب . راجع المخي (٥٣٧/٥) .
- (٣) تقدم الكلام على التلف بالركوب وهو أنه مأذون فيه ، وهو يشير إليه .
- (٤) ٦٠٥ : ساقطة من (م) ، (ع) .
- (٥) استدل المازريدي على إباحة ضرب الدابة المستأجرة فقال : « والدليل على إباحة ضربها ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ضربوها على البكار ولا تضربوها على البغال » يعني أنها في الحمار ساهية ، فالضرب يوقعها وفي النعار ترداد بالضرب نفوذاً فكان ذلك على عبوسه ، وروى جابر بن عبد الله قال سافرت مع رسول الله ﷺ مطلع بحيري فاشتراه مني رسول الله ﷺ بأربعة دنانير وحملني عليه إلى المدينة فكان يسوقه وأنا راكبه وأنه ليضربه بالعصا . ولأن له أن يعمل ما يتوصل به إلى استيفاء حقه إذا كان معهوداً ، فإذا لم يتوصل إلى استيفاء المسير إلا بالضرب فنذلك مباح ، ولا ضمان عليه قولاً واحداً إذا لم يتعد . الحواشي ٣٢٢ .



إجارة المشاع

- ١٧٧١٣ - قال أبو حنيفة إجارة المشاع من غير الشريك لا تجوز .
- ١٧٧١٤ - وقال أبو يوسف ومحمد تجوز ^(١) .
- ١٧٧١٥ - وبه قال الشافعي ^(٢) أنه أجر من غير الشريك فذكر في الأصل أنه يجوز ^(٣) .
- ١٧٧١٦ - وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ^(٤) وهو قوله ، وأما الإشاعة في حال البقاء مثل أن يستأجر رجلان فيموت أحدهما فروى الحسن ^(٥) عن أبي حنيفة أن الإجارة تبطل في نصيب الآخر ^(٦) .
- ١٧٧١٧ - لنا : أنه أجر ما لا يتميز بما ^(٧) لم يؤجر ^(٨) فوجب أن [لا يجوز] ^(٩) أصله : إذا أجر دارين على أن يسكن المستأجر أيهما شاء . ولا يلزم إذا أجر من الشريك
- (١) بقول أبي حنيفة قال الحنابلة أيضًا . راجع الباب (١٠٠/٢) ، المبسوط (١٤٤/١٥) ، (١٤٥) ، (٣٢/١٦) ، تبين الحقائق (١٢٥/٥) حاشية ابن عابدين (٤٦/٦) ، البدائع (١٨٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٩/٢) .
- (٢) قال في المذهب . وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع ، لأننا إذا بيع والبيع يصح في المفرد والمشاع ، فكذلك الإجارة . راجع . الأم (٣ / ٢٥٢) ، للمذهب (٥١٨/١) ، الحاروي (٤٥٤) . ويقول الشافعي والصاحبين قال مالك وأبو ثور . راجع بداية المجتهد (١٧١/٢) .
- (٣) أي محمد بن الحسن راجع الأصل مسطور بدار الكتب رقم ٣٤ ميكروfilm رقم (٣٦٥٩١) .
- (٤) راجع المبسوط (١٤٦/١٥) وفي تبين الحقائق وإن أجرة من شريكه جائز في أظهر الروايتين . تبين الحقائق (١٢٥/٥) .
- (٥) الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب أبي حنيفة كان يقطاً فطناً فقبها ولي قضاء الكوفة سنة ١٩٤ هـ ثم استعفى وكان محباً للنسبة واتباعها . له كتاب الجرد والأموالي توفي سنة ٢٠٤ هـ وهو يسب إلى بيع اللؤلؤ . راجع الفوائد البهية ص ٦٠ .
- (٦) راجع المبسوط (١٤٦/١٥) .
- (٧) في (م) ، (ع) : [ما لم] .
- (٨) في (م) ، (ع) : [يؤجره] .
- (٩) في (ن) : [يجوز] .

لأنه لا يجوز على رواية زفر^(١) وإن شئت احتزرت^(٢) فقلت مما^(٣) يستحق المستأجر الانتفاع به بما لا يتميز^(٤) مما^(٥) لا يستحقه .

١٧٧١٨ - ولا يلزم إذا أجر من اثنين فمات أحدهما أن^(٦) الإجارة تبطل في نصيب الآخر على رواية الحسن ، وعلى الرواية الأخرى نقول : ما يستحق المستأجر الانتفاع به لا يتميز بالمقد عما لم يؤجره ، ولأنه أجر بعض عين يملكها ، فوجب أن لا يجوز .

١٧٧١٩ - أصله : إذا أجره شهرا متراخيا عن العقد ، ولأنه عقد يقصد به المنافع فوجب أن يؤثر فيه الشياخ كالنكاح^(٧) . و [لأن]^(٨) ما لا يصح إجارته إذا شرط فيه الخيار لا يصح^(٩) وإن شرط فيه . أصله إذا أجره أحد عبيده الأربعة .

١٧٧٢٠ - ولأن يد المستأجر تستحق في [المدة]^(١٠) بمعنى [قارن]^(١١) العقد بحق الملك فوجب أن لا يجوز . أصله إذا أجره على أن المؤجر يأخذه متى شاء ، ولا يلزم إذا [استأجره]^(١٢) يوما ويوما ، لأن يد المستأجر [تستحق في غير مدة الإجارة]^(١٣) .

١٧٧٢١ - فإن قيل : هذا على أصلكم في المهايأة^(١٤) .

(١) القاضي أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي المنبري البصري كان ممن جمع بين العلم والعبادة ، وهو أربع أصحاب الإمام الأعظم في القياس ، توفي بالبصرة سنة ١٥٨ هـ . راجع للمراجع المضى (٢٤٣/١) ، تاج التراجم ص ٢٨ ، الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء لابن عبد البر ص ١٧٣ ط القدس المعارف لائى قنية ص ٤٩٦ ط دار الكتب المصرية .

(٢) في (م) : [أحرزت] وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما] .

(٤) أي يد المستأجر لليوم الثاني تستحق في غير إجارة اليوم الأول .

(٥) في (ن) ، (م) ، (ع) : [بما] . (٦) كذا بالنسخ ولعلها : [لأن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [في النكاح] . (٨) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٩) في (ن) ، (م) ، (ع) : [يد هذه الصارة زيادة] وإن شرط فيه الخيار لا يصح ، وهو خطأ .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المدة] وهو خطأ . (١١) في (م) ، (ع) : [فأنذ] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(١٣) في (ن) : [المهايأة] والمهايأة الأمر المتهايا عليه والمهايأة قسمة المنافع على المتعاقب والتأوب . راجع

القاموس المحيط باب الباء فصل الهزرة (٣٦/١) ، التريفات (٢١٣) .

١٧٧٢٢ - قلنا : بل على الأصلين لأن عندهم [يرفع] ^(١) القاضي بد الشريكين [ويؤجرها] ^(٢) لهما ، ولأنه لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه ^(٣) لأن العقد اقتضى استيفاء المنفعة من ملك المؤجر وهو [يستوفيها] ^(٤) من ملكه وملك الشريك ، والإجارة متى [تعلق] ^(٥) استيفاء المنفعة فيها على الوجه الذي اقتضاه العقد لم يصح كمن استأجر أرضا سبخة [لا تثبت] ^(٦) الزراعة وكن استأجر [طفلاً] ^(٧) للخدمة .

١٧٧٢٣ - [ولا يلزم إذا أجز من اثنين لأن العقد اقتضى أن يستوفي كل واحد منهما من ملك المؤجر وهذا يمكن ^(٨)] « على الوجه الذي اقتضاه العقد » ^(٩) .

١٧٧٢٤ - احتجوا : بأنه عقد يصح في المشاع مع شريكه فوجب أن يصح مع غيره كالبيع ^(١٠) .

١٧٧٢٥ - قلنا : الوصف غير مسلم على إحدى الروايتين ^(١١) ، وبطل بالشريك في العبد إذا غصبه جاز إجارته منه ولم يجز من غيره . والمعنى في البيع أن الملك يقع لعقده ، وذلك في المشاع والمقسم سواء ، والمنافع عندنا لا تملك بالعقد وإنما تملك بالاستيفاء ولا يمكن استيفاء المنفعة المعقود عليها ، فلم يصح العقد .

١٧٧٢٦ - ولأن البيع ينعقد [على الملك] ^(١٢) ولا يتناول المنافع ، والملك حاصل على ما اقتضاه العقد ، والإجارة تنعقد على استيفاء المنافع ، وذلك غير ممكن على ما

(١) في (٥) : [رفع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ومؤجرها] .

(٣) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٤) في (٥) : [يسبق عنها] ، في (م) ، (ع) : [سبق عنها] وكلاهما خطأ .

(٥) في (م) ، (ع) : [تعلق] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تثبت] .

(٧) في (ص) ، (٥) : [صبيا طفلاً] .

(٨) ساقطة من (ص) ، (ع) ، (م) .

(٩) في (ص) ، (٥) : بدل هذه العبارة : [على ما أوجب العقد] .

(١٠) راجع أدلتهم في المذهب (٥١٨/١) ، الحاوي (٤٥٤) ، المبسوط (١٤٥/١٥) ، تبين الحقائق

(١٢٦/٥) ، البدائع (١٨٧/٤) .

(١١) بقصد رواية الأصل التي لا تجوز إجارة المشاع من الشريك .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ما لملك] .

اقتضاء العقد .

١٧٧٢٧ - قالوا : ما صح أن يعقد عليه الاثنان صح [أن ^(١)] يعقد على بعض لأحدهما أصله البيع ^(٢) .

١٧٧٢٨ - قلنا : نقول بوجه ، لأنه يصح أن يؤجر داراً من اثنين ، ويصح أن يؤجر من أحدهما بعضهما معينا ، ولأنه إذا عقد لاثنتين استوفيا المنفعة فيكون أحدهما مستوفيا ومستعيراً حق صاحبه ، وإعارة المستأجر لا تسقط الأجرة [عنه] ^(٣) . وإذا أجز من أحدهما [بعضها] ^(٤) فاستوفى منفعة بعض الدار فهو [مستوف] ^(٥) لبعض ما عقد عليه [ومستعير] ^(٦) للباقي ، وما يستوفيه غير موجب العقد ، ثم أعار للمؤجر بعض ما استأجره . والمستأجر إذا أعار المؤجر سقطت الأجرة عنه ^(٧) فقد [استوفاهما] ^(٨) المؤجر .

١٧٧٢٩ - قالوا : كل ما لو انفرد به جاز عقد الإجارة عليه ، فإذا كان له بعضه جاز عقد الإجارة عليه كما لو عقد مع شريكه ^(٩) .

١٧٧٣٠ - قلنا : إذا أجز من الشريك غير مسلم على رواية زفر ، ولو سلمناه فالعني فيه أن الشريك يستوفى المنفعة على ما يقتضيه العقد فيستوفي بعضها بحق الملك ، وبعضها بحق

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) يأتي في نص الشيرازي .

(٣) في (م) ، (ع) : [عنها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعضها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستوفيه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [واستقر] وهو خطأ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [استوفاه] .

(٩) قال الشيرازي « تجوز إجارة المشاع وقال أبو حنيفة لا يجوز من غير الشريك وفي الشريك روايتان أصحهما أنه يجوز . لنا أن كل عين جاز إيجارها مع غيرها جاز إيجارها منفردة كالمسوم ، ولأن كل عقد صح مع الشريك صح مع غيره كالبيع . قالوا عقد على المنفعة فأثرت فيه الإشاعة كالكساح ، قلنا لو كان كالكساح لم يصح مع الشريك ، ولأن الاستمتاع لا يمكن في الملك المشاع والانتفاع يمكن في الملك المشاع . قالوا لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو تملك المؤجر أي للمنفعة ، فلم يصح كما لو استأجر أرضاً لا تنبت للزراعة . فتنا يمكن لأن العقد في المشاع يقتضي الاستيفاء على حسب العادة في المشاع إما بأن يسكأ أو يكربا وتحالف « الأرض » فإنه لا يمكن زراعتها بحال - النكت ورقة ١٦٦ .

الإجارة . وإذا أجر البعض لم يتمكن من استيفاء المنفعة على ما اقتضاه العقد ^(١) .

(١) قال الأُسَندِي من الأُخاف مبرأ عن وجهة نظر المذهب في المسألة ورأى على الشافعية : « إحارة المشاع » من غير الشريك غير صحيحة ، سواء كان محتملاً للقسمه الكدالار ونحوها ، أو غير محتمل كالدابة وبصوها . خلافاً له (الشافعي) وثمرة الخلاف في وجوب المسمى عند التسليم . والوجه فيه أن هذا عقد لا يمكن توريه مقصوده على الوجه الذي اقتضاه العقد فوجب القضاء بنسائه ، قياساً على ما إذا أجر الأبق . وإنما قلنا ذلك لأن المقصود من إجارة المشاع هو التمكن من الانتفاع بالمشاع فلا يخلو : إما أن ينتفع المسأجر والأجر بكل الدار معاً ، أو أحدهما ، أو يتفعا بطريق التهاؤ ، لا وجه للأول لأنه يحتاج إلى جبر الآخر على الانتفاع بملكه ولا يجوز . ولا وجه للثاني لأنه لا يستحق الانتفاع بالكل . ولا وجه للثالث لأنه لا يخلو : إما أن يكون أصيلاً في النصف ثابتاً في النصف أو ينتفع بالنصف أصالة والنصف عوضاً لا وجه للأول لأن مالك الرقة لا يصلح نائباً . ولا وجه للثاني لأنه يؤدي إلى جعل الشخص الواحد مملوكاً ومتملكاً من شخص واحد في حالة واحدة ، لأن النفعة تحدث على ملك المالك أولاً ثم تصير مملوكة للمستأجر بتملكه ، فلو صار مملوكاً للنفعة عليه بطريق المعاوضة يؤدي إلى خلاف الحقيقة . ثم أورد اعتراضات يمكن للنصم أن يوجهها على ما سبق فقال . فإن قيل : قولكم بأن هذا عقد لا يمكن توريه مقصوده على ما ذكر قلنا « أي الحصص » لم قلتم بأنه لا يمكن الانتفاع بالمشاع بطريق التهاؤ ؟ قوله : بأن طريقه أنه يصير كل واحد منهما نائباً عن الآخر في استيفاء منفعة النصف ، أو يصير مملوكاً بطريق المعاوضة وكل ذلك متعذر قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن استيفاء منفعة التصرف بالتهاؤ بدون هذين الطريقين . يئانه أن المملوك له إجارة المشاع منفعة النصف الشائع ، فكان المقصود منفعة النصف الشائع ومنفعة النصف الشائع في مدة الشهر منفعة مقدرة بمقدار خاص ، فإذا انتفع بكل الدار في نصف المدة بطريق التهاؤ أو على سبيل الدوام فقد استوفى عين المملوك له بالمنفعة . ولأن لو سلمنا أنه لا يتحقق التهاؤ إلا بالإجابة أو المبادلة فلم قلتم بأنه لا يمكن القول بهما ؟ قوله : بأن المالك لا يصلح نائباً قلنا : لا نسلم بأن ملك الرقة نائب للآخر في حق الانتفاع في هذه الحالة ، وهذا لأن الملك إطلاقاً التصرف وهو غير ثابت ، ولئن سلمنا أن ملك الرقة يقتضي إطلاق الانتفاع للآخر ، لكناً أجمعاً على أنه لم يشأ له الإطلاق بل هو يثبت للمستأجر . وأما المعاوضة فإننا لا نحقق المعاوضة بينهما في الملك . بل في إطلاق استيفاء المملوك بطريق المعاوضة ، وصار هذا كما إذا أجر من شريكه فإنه يجوز . وكذلك الشيوع الطارئ ، لا يفسد الإجارة . ثم أجاب الأُسَندِي عن الاعتراضات السابقة قائلاً ، قوله بأنه يستوفي منفعة كل الدار في نصف المدة قلنا هذا لا يخرج عما ذكرناه من القسمين ، لأن طريق القسمه فيها معنى المبادلة . قوله : لم قلتم بأن ملك الرقة في حق الانتفاع قائم للمالك ، قلنا : لأنه ثبت مطلقاً بسبب مطلق فيقي ، والإجارة سبب للملك المنفعة لا للملك الرقة وإطلاق التصرفات ثابت لولا المانع . قوله بأننا لا نحقق المعاوضة في الملك ، بل في استيفاء المملوك على طريق الإجابة . قلنا : هذا باطل لأن انتفاع المالك في حصصه المسأجر لو كان بطريق الإجابة لكان المستأجر بسبيل من الاسترداد ولتبع من الانتفاع . وأما الإجارة من الشريك فلأن كل واحد منهما يملك الانتفاع بالنصف فصيلح نائباً عن صاحبه في النصف الآخر . وأما الشيوع الطارئ ... فإنه ليس من ضرورة كون الشيء مانعاً صحة العقد إذا قارن أن يكون مفسداً إذا طرأ ، كالمهلكة الطائرة وغيرها . راجع : طريقة الخلاف في الفقه للأُسَندِي ص ٣٦٥ - ٣٦٧ ط مكتبة التراث .



اختلاف رب الثوب والخياط

١٧٧٣١ - قال أصحابنا : إذا اختلف رب الثوب والخياط فقال ^(١) صاحب الثوب أمرتك أن تقطعه قميصا ^(٢) فقطعته قماء ^(٣) فلا أجره لك وعليك الضمان ، وقال الخياط : بل ^(٤) أمرتني أن أقطعه قباء فلا ضمان علي ولي الأجرة / (قالقول) ^(٥) قول ١/٢٠١ رب الثوب مع يمينه ^(٦) .

١٧٧٣٢ - وحكى الشافعي : تَقَطَّعَ قولنا ، ثم حكى قول ابن أبي ليلى ^(٧) [أن القول قول الخياط ^(٨)] .

١٧٧٣٣ - قال : وأصح القولين أن القول قول رب الثوب ^(٩) .

(١) في (ن) : [وقال] .

(٢) القميص : الثمار تحت الدثار والجلابيب ، وهو لباس رقيق يرتدى تحت السترة غالبا وجمعه قمصنة وقمصان . المصمم الوسيط (٧٦٥/٢) .

(٣) القباء : ثوب معروف وهو مفرج من القدم إلى الخلق لا يحتاج لابه إلى إدخال رأسه فيه وجمعه أقبية . راجع النظم المستعذب (٤١٠/١) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) . (٥) بالنسخ [والقول] وهو خطأ .

(٦) راجع البذائع (٢١٩/٤) ، حاشية ابن عابدين (٧٥/٦) ، تبين الحقائق (١٤٢/٥) ، اللباب (١٠٢/٢) (٧) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري أبو عبد الرحمن الكوفي الفقيه فاضل الكوفة روى عن أخيه عيسى وابن أخيه عبد الله بن عيسى وثانم مولى ابن عمر وغيرهم وروى عنه ابنه عمران وترويه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى وزائدة وابن جريح وغيرهم . اختلف في حفضه . ت سنة ١٤٨ هـ . راجع : تهذيب التهذيب (٣٠١/٩) ، وفيات الأعيان (١٧٩/٤) ، شذرات الذهب (٩٢/١) وغيرها .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) ، ويقول ابن أبي ليلى قال مالك وأحمد أيضا . راجع : بداية المجتهد (١٧٦/٢) ، المغني (٥٢١/٥) وفيه أن مالك قال بقول أبي حنيفة وهو خطأ .

(٩) حكى الإمام الشافعي القولين في اختلاف العراقيين ونقل معهما قولاً لأبي يوسف أنه إن كان شيئا متفاديا قبل قول المستأجر ، وإذا تفاوت لم يقبله ، ولم يتعرض الشافعي بعد حكاية الأقوال لتصحيح شيء منها ، وفي كتاب اختلاف الأجير والمستأجر قال الشافعي : بأنهما يتحاذان ، ثم قال الربيع والذي يأخذ به الشافعي في هذا أن القول قول رب الثوب . أما قول المصنف هنا نقلنا عن الشافعي وأصح القولين .. فما نقله كتب المذهب الشافعي عن الشافعي في هذا المقام أنه قال بعد أن ذكر قول أبي حنيفة وهو أشبه ثم قال تعليقا على القولين (قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى) وكلاهما مدخول . والذي يظهر أن هذه العبارة لا توافق عبارة =

١٧٧٣٤ - فقال عامة أصحابه : المسألة ^(١) على قولين : أحدهما مثل : قول أبي حنيفة والآخر . كقول ابن أبي ليلى .

١٧٧٣٥ - ومنهم من قال فيها قول ثالث . أنهما يتحالفان ، ومنهم من قال فيها قول واحد بأنهما يتحالفان ^(٢) ، لأنه قال في موضع آخر بعد حكاية القولين هما مدخولان ^(٣) .

١٧٧٣٦ - وإذا قالوا بالتحالف فإذا حلف أحدهما دون الآخر قضى ^(٤) له وإن حلفا جميعا ففيها قولان :

= المصنف هنا لأن « أشبه » أي شبه المنصوص رواية والراجع دراية فتكون الفتوى عيه الأشياء والنظائر لابن جيم ص ٣٩١ . ولو كان كذلك لتسارت عبارة الشافعي مع عبارة المصنف غير أنه قال بعد ذلك وكلاهما مدخول (أي يمكن الدخول فيه وإفساده) النظم المستدب (٤١٠/١) . وهذا يتنافى الصحة لأنه لو كان صحيحا لما أمكن الدخول فيه وإفساده . جاء في المذهب « وإن دفع ثوبا إلى غياط قطعته قباه ثم اختلفا فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قيمصا فتعدت بقطعه قباه فصيلك ضمان القص » وقال الحياط بل أمرتني أن أقطعه قام فصيلك الأجرة فقد حكى الشافعي تحفظه في اختلاف العراقيين قول ابن أبي ليلى أن القول قول الحياط وقول أبي حنيفة تحفظه أن القول قول رب الثوب ثم قال : وهذا أشبه ، وكلاهما مدخول . راجع المذهب (٥٦/١) ، الأم (٢٦٣/٣) ، الحاوي (٤٠٢) .

(١) عند هذا الموضع حدث انتقال من الناسخ في النسخة (ع) فأدخل المسائلين التاليين هنا ثم عاد فأكمل المسألة .

(٢) قاتل هنا القول بمسلك بقول الشافعي السابق في الأم « وكلاهما مدخول فكأنه رد القولين ثم صرح بمذهبه وهو أنهما يتحالفان » . راجع الأم (٢٦٣/٣) .

(٣) قال للماوردي بعد أن ذكر رأي الإمام في المسألة « واختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طرق : أحدها : وهي طريقة ابن سريج وأبي إسحاق المروزي وابن علي ابن أبي هريرة وأبي حامد المروزي أن المسألة على قولين : أحدهما - أن القول قول الحياط وهو مذهب ابن أبي ليلى والثاني : أن القول قول رب الثوب وهو مذهب أبي حنيفة وحسبوا قول الشافعي وكلاهما مدخول بمعنى محتمل لا يقطع بصحته لما يطرأ من الشبهة التي لا يخلو منها قول مجتهد ثم مال إلى ترجيح أحدهما لقوته على الآخر وهو قول أبي حنيفة أن القول قول رب الثوب وأحاطه الزني والطريقة الثانية لأصحابنا ولعلها طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الركيل أن المسألة على ثلاثة أقوال على ما حكاه الزني في جامع الكبير منها فذان القولان . والثالث : أنهما يتحالفان . والطريقة الثالثة : وهي طريقة المتأخرين من أصحابنا أن للمسألة على قول أنهما يتحالفان لأنه وإن ذكر قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى فقد رغب عنهما بقوله وكلا القولين مدخول . راجع الحاوي ص ٤٠-٤٠٦ . والقول بالتحالف رجحه الإمام الماوردي وصاحب المذهب . قال في المذهب « والثالث أنهما يتحالفان وهو الصحيح لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعي الأرض والحياط ينكره فخالفا كالتباين إذا اختلفا في قدر الثمن . راجع المذهب (٥٣٦/١) ، الحاوي (٤١١) .

(٤) في (م) « (ع) : [قضاء] .

- ١٧٧٣٧ - أحدهما يأخذ الثوب وأرش ^(١) القطع .
 ١٧٧٣٨ - والثاني : يأخذ الثوب ولا أرش له كما لا أجرة عليه ^(٢) .
 ١٧٧٣٩ - لنا : أنه قطع ثوبا لغيره وادعى الإذن فوجب أن يكون اليمين عليه ^(٣) .
 ١٧٧٤٠ - أصله : إذا قال لم آذن لك في شيء .
 ١٧٧٤١ - وعلى القول الآخر ^(٤) نقول ، إذا جحد الإذن لم يتحالفا ، ولأنه إذن . .
 خاص مستفاد من جهة صاحب الثوب ، فوجب أن يكون القول قول ^(٥) الآذن في
 صفة الإذن كالوكيل والموكل .
 ١٧٧٤٢ - ولا يلزم المضارب ورب المال لأن الإذن في المضاربة إذا وقع « خاصا » ^(٦)
 فالقول قول رب المال .

- ١٧٧٤٣ - ولأنه ^(٧) يدعي استحقاق الأجرة بإيفاء العمل فلا يقبل قوله ، [أولا
 ثبت] ^(٨) التحالف . أصله إذا جحد الإذن ^(٩) .
 ١٧٧٤٤ - احتجوا بقوله ^(١٠) « الْبَيْتَةُ عَلَى الْمَذْبُوحِ وَالْيَمِينُ عَلَى الْمَذْبُوحِ » ^(١١) عَلَيْهِ ^(١٢) .

- (١) الأرض الفرق في القيمة بين السلامة والعبث في السلعة . القاموس باب الشين فصل الهمة (٢٧١/٢) .
 (٢) راجع المذهب (٥٣٧/١) .
 (٣) سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى اختلافهم في تعيين المدعي والمدعى عليه منها . قال أبو
 رشد وسبب الخلاف من المدعي مهما على صاحبه و من المدعى عليه بداية المجتهد (١٧٦/٢) . وبالظر إلى
 نص المصنف يبين لنا أن الحياط هو المدعي عند الأخاف فلما أنكر المدعى عليه وهو صاحب الثوب لزمه
 اليمين . وهذا ما قصده للمصنف بقوله : « فوجب أن يكون اليمين عليه » أي على صاحب الثوب ، وإنما
 كانت اليمين على صاحب الثوب في حالة الإنكار لما يأتي في الحديث .
 (٤) أي على القول بأنهما يتحالفان . (٥) ساقطة من (ع) .
 (٦) في (م) ، (ع) : [خاصة] . (٧) أي الحياط .
 (٨) في (م) ، (ع) : [ولا ثبت] . (٩) في (م) ، (ع) : [لاين] وهو خطأ .
 (١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

- (١١) الحديث يستدل به الشافعية ها على القول الصحيح عددهم بأنهما يتحالفان لأنهم يرون أن كل واحد
 منهما مدعى عليه . ومع ذلك فالحديث يصلح استدلالا للأقوال الثلاثة الواردة في المسألة فيمكن أن يستدل به
 الأشاعفة على مذهبهم لأنهم يجعلون صاحب الثوب مدعى عليه ، ويستدل به أبو أبي ليلى والشافعية وبالكوفة
 والشافعية في قولهم المراءى لهم لأنهم يجعلون الحياط مدعى عليه وكل مدعى عليه إذا أنكر يلزمه اليمين
 (١٢) الحديث بنقله أخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن عباس « لَوْ لَقِيتُ النَّاسَ بِغَرْزَيْلَةَ لَأَكْفَى رِجَالِ
 أَنْوَالٍ قَوْمٌ وَدَعَانَهُمْ وَكَانَ الْبَيْتَةُ عَلَى الْمَذْبُوحِ وَالْيَمِينُ عَلَى الْمَذْبُوحِ » . صحيح مسلم الألفية (١٣٣/٣) .

١٧٧٤٥ - وكل واحد منهما مدع ، لأن صاحب الثوب يدعي الضمان ، والخياط يدعي الأحررة .

١٧٧٤٦ - قلنا : المدعي من مخالف قوله الظاهر ، والمدعى عليه من شهد له الظاهر وصاحب الثوب يجحد الإذن والأصل أنه لم يأذن [فالظاهر] ^(١) معه فهو المدعى عليه ^(٢) .

١٧٧٤٧ - ولا يجوز القياس على اختلاف المتبايعين لأن هناك إذا تخالفا فسخ العقد وعاد المقود عليه لأن ^(٣) المبيع ما خرج من ملكه ، وهذا لا يوجد في مسألتنا فلا ثبت التحالف ، ولهذا [تقول] ^(٤) في [المبيع] ^(٥) الهالك لا تحالف فيه .

١٧٧٤٨ - احتجوا : للقول الآخر ^(٦) بأنهما ^(٧) اتفقا على الإذن ، واختلفا في التعدي ووجوب الضمان ، والأصل أنه غير [متعد] ^(٨) و [أنه] ^(٩) لا ضمان عليه . فوجب أن يكون القول قوله كما لو ادعى عليه القطع فأنكره الخياط ^(١٠) .

= وبلغ مسلم أخرجه ابن ماجه في سننه . الأحكام (٧٧٨/٢) وأبو داود في سنه الأفضية (٤٠/٤) ، الطبراني في الكبير (١١٦/١١) وأصل الحديث في البخاري مختصرا بلفظ « أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه » . صحيح البخاري وهو إذا اختلف الراهن والمزمتين ... (١٨٧/٣) وانظر فتح الباري لابن حجر كتاب التفسير (٢١٣/٨) . وأخرجه البيهقي عن ابن عباس أيضا بلفظ « ... ولكن البيئة على من أنكر » . السنن الكبرى . كتاب الدعوى واليمينات باب البيئة على المدعى عليه واليمين على المدعى عليه (٢٥٢/١٠) . ومن حديث عمرو ابن شعيب في سنن الدارقطني كتاب الدعوى واليمينات باب البيئة على المدعى (٢٠٨/٤) ، والترمذي كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البيئة على المدعي والمدعي على اليمين على المدعى عليه « بلفظ مسلم » (٦٢٥/٣) .

(١) في (ن) : [قال طاهر] وهو تحريف .
(٢) قال الشيرازي بعد أن ذكر الأقوال في المسألة : الدليل على أن القول قول الخياط أنها اتفقا على الإذن واختلفا في التعدي فكان القول قول المأذون كالمضارب ورب المال . قالوا : الخياط مدعى عليه بما ينكره فأشبه إذا ادعى عليه الإذن في القطع فأنكره قلنا هناك الظاهر مع رب الثوب فإن الأصل عدم الإذن ومنها الظاهر مع الخياط لأن رب الثوب يدعي عليه تعديا لأصل عدمه ، ولهذا لو اختلف رب المال والمضارب في الإذن في التصرف كان القول قول رب المال ولو اختلفا في التعدي كان القول قول المضارب « والنكت ورقة ١٧٠ » .

(٣) كذا بلا نسخ ولعل الصواب [إلى] . (٤) في (ن) : [نقوله] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الميع] .

(٦) أي القول الذي يوافق ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط .

(٧) في (ن) : [فأنهما] . (٨) في (م) ، (ع) : [متعد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لأنه] وفي ب [أنه] .

(١٠) راجع للمذهب (٥٣٦/١) ، الحاوي (٤٠٢ ، ٤٠٩) .

- ١٧٧٤٩ - قلنا : يبطل إذا قال أودعتك ، فقال وهبت لي ، وقد استعمل العتق فإنهما اتفقا على الإذن وأدعى [الدافع] ^(١) التعدي ، ثم جعلنا القول قوله .
- ١٧٧٥٠ - قالوا : لو اختلف المضارب ورب المال في عموم التصرف كان القول قول المضارب ، وإن كان الإذن يستفاد من جهة رب المال ^(٢) .
- ١٧٧٥١ - قلنا : لأن لفظ المضاربة يقتضي العموم ، فمن يدعي تخصيص اللفظ لا يقبل قوله . وفي مسألتنا الإذن وقع [خاصا] ^(٣) فالقول قول الآذن في صفته ، كما لو اتفق على مضاربة خاصة ، ثم اختلفا في كيفية الإذن كان القول فيه قول رب المال .
- ١٧٧٥٢ - قالوا : وقد تجوز الإحارة عامة ^(٤) إذا قال للخياط اقطعه ما شئت فهو كالمضاربة ^(٥) .
- ١٧٧٥٣ - قلنا ^(٦) : المضاربة مقتضاها العموم بدلالة أنها تصح بإطلاق اللفظ فثبت العموم حكما والخياطة ليس كذلك .
- ١٧٧٥٤ - لأنه لو قال لقطع هذا الثوب لم يصح حتى يخص الإذن أو يجعل المشيئة إليه فيقول اقطعه ما شئت فعمل أن مقتضى اللفظ ليس هو العموم .

•••

-
- (١) في (م) ، (ع) : [لدفع] والمراد بالدفع صاحب الثوب .
- (٢) راجع للمني لابن قدامة في هذا القول والاحتجاج السابق أيضا (٥٣١/٥) .
- (٣) في (م) ، (ع) : [خالصا] .
- (٤) قاعدة : « تجوز الإحارة عامة ، كما لو قال للخياط اقطع ما شئت » .
- (٥) بيّن الإمام الماوردي وجه أن القول قول الخياط فقال « إن العادة جارية بأن الخياط يصل في الثوب ما أذن له فيه ولا يقصد خلافه » وإن جرى غير ذلك فنادر فصارت العادة مصدقة لقول الخياط دون رب الثوب ، ثم استدلل بدليل آخر فقال « إن الخياط لما صدق على الإذن المبيع لتصرفه صار مؤتمنا فلم يتقبل ادعاء رب الثوب عليه فيما يوجب غرما ، لما في ذلك من الإقضاء إلى أن لا يشاء مستأجر أن يثبت غرما ، ويسقط أجرا ، بادعائه خللا وهذا يدخل على الناس الضرر نحسب . فعلى هذا يحلف الخياط بالله تعالى لقد أمره أن يقطعه قهرا ولا غرم عليه » . الحاوي (٤٠٧) .
- (٦) في (م) ، (ع) : [قالوا] وهو خطأ .



إجارة الدار شهراً مطلقاً

١٧٧٥٥ - قال أصحابنا : إذا استأجر داراً شهراً حاز وكان أول المدة عقيب العقد ^(١) .
١٧٧٥٦ - وقال الشافعي : لا تصح الإجارة إلا أن تتصل المدة بالعقد ولا يتصل به إلا إن [سمي] ذلك ^(٢) .

١٧٧٥٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي تَكُنِّي حَجَّجَ ﴾ ^(٣) ولم يبين أول المدة ، ولأنه تقدير لمدة [بغير] ^(٤) [مزاحمة] ^(٥) [فوجب أن يختص بعقيب السبب عند إطلاقها . أصله إلتلاف سائر الأثمان ، ولأنها مدة مشروطة في العقد ^(٦)] فوجب أن يقتضي إطلاقه كونها من حين العقد كالأجل .

١٧٧٥٨ - ولأنه نوع إجارة فإطلاقها يقتضي ثبوت المطالبة بالشفعة عقيب العقد .

(١) وافق الأحناف كل من مالك وجمهور الحنابلة . راجع البدائع (١٨١/٤) ، المبسوط (١٣١/١٥) ، بداية الجهد (١٧٠/٢) ، للمعني (٤٣٦/٥) . (٢) في (ن) : [يسمى] .

(٣) ما أثبت المصنف هنا يتفق مع ما ورد في المذهب من ضرورة الص على ابتداء المدة عقب العقد . قال في المذهب : فإن قال أجزتك هذه الدار شهراً لم يصح لأنه ترك تعيين المقود عليه في عقد شرط فيه التعين فيمثل كما لو قال يملك عبداً . المذهب (٥٢٣/١) ، وفي الكت « إذا قال أجزتك هذه الدار شهراً لم يصح . وقال أبو حنيفة : يصح في شهر واحد من حين العقد ، التكت ورقة ١٦٧ . غير أن كتب المذهب الشافعي لم تنف على هذا ؛ فقي معني المحتاج ما يدل على الجواز من غير اشتراط أن تلي المدة العقد ، فقيه : « ولو أجره شهراً مثلاً وأطلق صح وجعل ابتداء المدة من حينئذ لأنه المفهوم المتعارف ، وإن قال ابن الرقعة : لا بد أن يقول من الآن » معني المحتاج (٣٤٠/٢) . فقلوله لأنه هو المفهوم المتعارف يدل على أنه يؤخذ من العرف لا من القول وكذا قوله وإن قال ابن الرقعة ... إلخ يشعر بعدم اشتراط ذلك ومثله أيضاً في البحر في التبعين ابتداء مدة الإجارة ؛ فلو قال : أجزتك سنة أو شهراً ولم يقل من الآن صح وحمل على ما يتصل بالعقد ، البحر في الخطين (١٧٨/٣) ، وفي فتح العزيز شرح الوجيز جمع بين الاتجاهين فقال « قول المعاهد أجزتك شهراً أو سنة محمول على ما يتصل بالعقد في أظهر الوجهين ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه المفهوم المتعارف ، قال أحمد : لا بد وأن يقول من الآن وإلا فهو كقول يملك عبداً من العيب » فتح العزيز (٣٤٢/١٢) . ويقول الشافعي قال بعض الحنابلة استناداً إلى رواية إسماعيل من سعيد عن أحمد أنه قال « إذا استأجر أحيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمى الشهر المعني » (٤٣٦/٥) .

(٥) في (ن) : [لغير] .

(٤) سورة القصص : الآية ٢٧ .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) يخاض في (ن) .

١٧٧٥٩ - أصله : إذا [استأجر] ^(١) ليخيط ثوبًا .

١٧٧٦٠ - احتجوا : بأن الشهر [لا يذكر] ^(٢) في العقد أحلا وإنما يذكر لتقدير المعقود عليه به وما ذكر لتقدير المعقود عليه به [معلوما كقوله أسلمت إليك في كذا من طعام وتحريره ما يقدر به المعقود عليه في المعاوضة لم يتعين به كقوله بعثك كذا] ^(٣) .

١٧٧٦١ - قلنا : يبطل بالمدة في الإثلاف فإنها ليست باختلاف وإنما يتقدر بها المعقود عليه ، ومع ذلك [تتعين] ^(٤) بها المدة عقيب العقد [ولأننا] ^(٥) [لا] [نعتبر] ^(٦) المدة مما يلي العقد بالتقدير [ولكن] ^(٧) لأننا لو [لم] ^(٨) [نحملها على ذلك بطل العقد ، وهذا كما نقول جميعا في الأجل إنه يختص بعقب العقد ليس لتقدير المدة لكن ليصح العقد بنفس المدة] ^(٩) .

(١) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، وانظر الكت ورقة ١٦٧ .

(٤) في (م) ، (ع) : [تتعين] . (٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [نعتبر] . (٧) في (م) ، (ع) : [لكنه] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٩) قال الشيرازي ردًا على قول المصنف : إن الأجل يختص بعقب العقد فكأن إجارة الشهر قال : لأن القصد في الأجل الزمن لتأخير المطالبة فحمل على ما يعقب ومنها القصد بتقدير المعقود عليه فلم يتعين به . الكت ورقة ١٦٧ .



إحارة مدة لا تلي العقد

- ١٧٧٦٢ - قال أصحابنا : إذا أجر داره شهر رمضان وهما في رجب جاز (١) .
- ١٧٧٦٣ - وقال الشافعي : لا يجوز . وإن أجرها سنة [ثم أراد أن يؤجرها سنة (٢)] أخرى من غير المكثري (٣) لم يصح قولاً واحداً . وإن أكرها من [المكثري (٤)] فالمصوص أنه يصح .
- ١٧٧٦٤ - ومن أصحابهم من قال : لا يصح . وإن كانت المنافع في الذمة بشرط التأخير عن العقد جاز (٥) .

(١) وبه قال الحنابلة والمالكية أيضاً . راجع البدائع (٢٠٣/٤) ، تبين الحقائق (١٠٦/٥) ، حاشية ابن عابدين (٦/٦) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢ ، ١٧١) ، للفتي (٤٣٦/٥) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [المكثري] وهو خطأ والمراد المستأجر .

(٥) يفرق الشافعية بين إحارة العين وإحارة الذمة في جوار تأخير المنفعة حيث لم يجوزوا التأجيل في إحارة العين قولاً واحداً وأجازها بعضهم في الإحارة الواقعة على عمل في الذمة كما أنهم فرقوا في إحارة الفار سنة مثلاً بين أن يؤجرها المؤجر سنة أخرى من المستأجر للسنة الأولى وبين إحارتها لغيره حيث أجازوها بالنسبة للمستأجر الأول في أسد الوجهين ومنعوا إذا كانت لغيره . قال في فتح الميزان شارحاً نص الوجيز : وإحارة الدار للسنة القابضة فاسد إذ لا تسلط عليه عقب العقد ... قال : عرفت انقسام الإحارة إلى واردة على العين ووراء على الذمة إما إحارة العين فلا يجوز إيوادها على المستقبل كإيجار الدار للسنة القابضة والشهر الآتي وكما إذا قال أجزتك سنة مبتدأة من الفد أو من الشهر الآتي أو أجزتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً وقال أبو حنيفة وأحمد يجوز ذلك . لنا القياس على البيع فإنه لو باع على أن يسلم بعد شهر فإنه باطل ولو قال أجزتك سنة فإذا انقضت السنة فقد أجزتك سنة أخرى فالمعقد الثاني باطل على الصحيح كما لو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أجزتك مدة كذا فأما الإحارة الواردة على الذمة فيحتمل فيها التأجيل والتأخير كما إذا قال ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غداً أو غرة شهر كذا كما لو أسلم في شيء موكلاً وإن أطلق حالاً وإن أجر داره سنة من زيد ثم أجرها من غيره السنة الثانية قبل انقضاء الأولى لم يجوز فإن أجرها من زيد ثم أجرها من غيره أو منه مدة لا تتصل بآخر المدة الأولى والثاني يجوز للاتصال المنفعتين كما لو أجر منه الستين في عقد واحد وهو أصح عند صاحب التهذيب وغيره ورجح في الوسيط الوجه الأول مستحذاً بأن المعقد الأول يتفسخ فلا يتحقق شرط العقد الثاني وهو الاتصال بالأول ... راجع فتح الميزان شرح الوجيز (٣٥٩/١٢ - ٣٥٧/١٢) ، المذهب (٥٢٣/١ - ٥٢٤) ، نهاية المحتاج (٢٧٧ - ٢٧٥/٥) ، معي المحتاج (٢٣٨/٢)

١٧٧٦٥ - لنا : أن كل شهر لو أجره مع ما يليه جاز فإذا أجره منفردا [من ^(١) اجنبي] ^(٢) حاز . أصله الشهر الأول .

١٧٧٦٦ - ولا يمكن القول بموجبه إذا أجره من المستأجر ، لأننا قلنا من الأجنبي ولأن كل مدة جاز عقد الإجارة عليها جاز أفرادها بالعقد مع عموم الناس . أصله المدة التي تلي العقد ، ولأن كل وقت جاز أن [يعقد] ^(٣) فيه الإيلاء ^(٤) جاز أن يتدئ فيه عقد الإجارة كالمدة التي تنعقب الإجارة .

١٧٧٦٧ - ولأنه أحد نوعي الإجارة فجاز تأخير المنفعة فيه ، أصله ^(٥) كما لو كانت الإجارة على ما في الذمة .

١٧٧٦٨ - فإن قيل : إذا كانت المنفعة في الذمة جاز شرط تأخيرها ، كما يجوز تأخير المبيع في الذمة [وإذا كانت في غير الذمة لم يجوز شرط تأخيرها ، كما لا يجوز تأخير المبيع المعين ^(٦)] .

(١) في (م) ، (ع) : [عن] . (٢) في (ن) : [أجير] .

(٣) في (م) ، (ع) : [انعقد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الإيلاء] . والإيلاء : هو اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مثل والله لا أجاملك أربعة أشهر التعريفات ص ٣٤ . وعرفه الكمال بن الهمام : بأنه اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى . فزع القدير (١٨٩/٤) . وفصله النووي في المنهاج فقال « هو حلف زوج يصح طلاقه . ليستعلن من وطئها مطلقاً أو فوق أربعة أشهر وكذلك لو علق طلاقاً أو عتقاً أو قال إن وطئت فله على صلاة أو صوم كان موابياً » . المنهاج ص ١١١ ط الحلي . وقصد المصنف بذلك أن الإيلاء يبدأ بعد انعقاد اليمين بالامتناع عن الوطء ثم يستمر مدة الشهور الأربعة . وأرى أن هذا لا يصلح دليلاً على تأجير الدار مدة لا تلي العقد ، لأن الإيلاء يبدأ بعد انعقاد اليمين ، فهو يصلح دليلاً على إجارة الدار شهراً مطلقاً ، من غير أن يصح في العقد على أنه يبدأ بعد العقد ، كما سبق في المسألة السابقة وقد استدل به ابن قدامة في المنهاج على مسألة تأجير العين شهراً مطلقاً فقال « فإن أطلق وقال أجرته سنة أو شهراً صح ، وكان ابتداءه من حين العقد ، وهذا قول مالك وأبي حنيفة . وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي فإن أحمد قال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر . ولنا قوله تعالى : ﴿ عَرَفَ أَنْ تَأْجُرَ تَشَاءَ بِمَنْ يُرِيدُ ﴾ ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قرينة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب المرجح كمدة السلم والإيلاء وتفرق النذر فإنه قرينة للمضي (٤٣٧/٥ - ٤٣٧) . ولا يخفى الفرق بين إجارة مدة مطلقة ، وبين إجارة مدة لا تلي العقد .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

١٧٧٦٩ - قلنا : النافع المستقبل لا يمكن قبضها في الحال فيحوز أن يتعلق قبضها بالوقت الممكن كييع العبد .

١٧٧٧٠ - احتجوا : بأنه عقد معاوضة على معين ، شرط فيها تأخير تسليم المقود عليه فوجب أن لا يصح . أصله : إذا باع على أن يُسَلَّم في وقت مستقبلي (١) .

١٧٧٧١ - قلنا : لم يشترط تأخير التسليم وإنما (٢) علق التسليم (٣) بحال إمكان التسليم فهو كييع العبد الغائب عن حضرتها ، وكتزويج الصغيرة التي لا يمكن وطؤها ، فإن العقد يصح ويقف التسليم على حين إمكانه فيهما .

١٧٧٧٢ - ولأن البيع لا يقع على عيدين يكون تسليم أحدهما وشرط [تأخير الآخر] (٤) . كذلك لا يقع على غير شرط تأخير تسليمها . ولما جاز أن تقع الإجارة على مدينين يتأخر تسليم أحدهما جاز أن يتدئ العقد عليهما .

١٧٧٧٣ - فإن قيل : إذا عقد على شهرين فهو تسليم في الحال تسليمًا يفضي إلى تسليم الشهر الآخر فهو (٥) كمن باع صبرة لا يقدر على [نقلها] (٦) دفعة جاز لأن [بدئه] (٧) عقيب العقد بنقل جزء منها يفضي إلى نقل كلها .

١٧٧٧٤ - قلنا : لا يثبت به للصبرة مدة الإجارة ، لأن الشهر الثاني لا سبيل إلى قبضه عقيب العقد (٨) فحكمه في حال الاجتماع والانفراد سواء . والصبرة كل جزء منها يصح نقله عقيب العقد فعلم أن العقد لم يقتض تأخير قبض (٩) شيء منها .

١٧٧٧٥ - قالوا : معاوضة لا توجب منك العوض في إحدى الجانبين فلم يصح كييع الآتي (١٠) .

(١) قال في المذهب : « فإن كان على مدة لم يجر إلا على مدة متصل ابتداءها بالعقد ، فإن كان على عمل معين لم يجر إلا في الوقت الذي يمكن فيه الشروع في العمل ، لأن إجارة العين كييع العين ، ويح العين لا يجرز إلا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الإجارة » المذهب (٥٢٣/١) وفي النكت « لنا أنه معاوضة على معين شرط فيه تأخير التسليم فلم يصح البيع » النكت ورقة ١٦٧ .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإذا] . (٣) ، (٤) : ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) بدلًا مما جاء في النسخ بلفظ : « نقل ما » . (٧) بدلًا مما جاء في النسخ بلفظ : « يتدئ » .

(٨) المعنى أنه قد امتنع سبيل قبض الشهر الثاني عقيب العقد لانشغال العين باستيفاء منفعة الشهر الأول .

خلافا للصبرة فإن المانع من التسليم إنما هو عجز المشتري عن حملها اما تسليمها فهو غير محتمل .

(٩) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) : [فصر] وهو خطأ .

(١٠) منع بيع العبد الآتي هو مذهب جمهور العلماء ، لأن من شرط البيع القدرة على تسليم المبيع ، غير أن =

١٧٧٧٦ - قلنا : يبطل إذا زوج المولى ^(١) أمته الصغيرة عبدا ولم [بمسم] ^(٢) مهرا فنذهبهم المهر لا يملك بالمقد ^(٣) ، والاستباحة لا تملك لأنه لا يجوز وطؤها ^(٤) وإنما خصصنا النقص ^(٥) لأنهم يقولون الصغيرة [لا تزوجها] ^(٦) إلا الأب والجد ^(٧) ولا يملكان إسقاط مهرها .

١٧٧٧٧ - قالوا : لا يجوز تزويج الأمة إلا إذا خشي العنت ^(٨) وهذا لا يتصور في الصغيرة ^(٩) .

= بعض العلماء خالف في ذلك وأجاز بيع العبد الآبق ، لأن الإباق لا يزول به الملك فالبائع يكون بتمام الملك ، حتى ولو كان آبقا . ففي المخي : بيع العبد الآبق لا يصح سواء علم مكانه أو جهله ، وكذلك ما في مذهب من الجمل الشارد والفرس العائر الذي أفلت من صاحبه وشبههما ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي . وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بغيرا شاردا وعن ابن سيرين لا بأس ببيع العبد الآبق إذا كان علمهما فيه واحدا ، وعن شريح مظه ^(١) لمنه ^(٢) ٢٢٢ ، ٢٢١/٤ . وفي البدائع ... ذكر الكرخي ^(٣) أنه يعتقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تجديد البيع إلا إذا كان القاضي فسحه بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد . ووجه قول الكرخي ^(٤) أن الإباق لا يوجب زوال الملك ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ ، ولو وهبه من ولده الصغير يجزى فقد باع مملوكا إلا أنه يقف على التسليم لما قلنا . البدائع (١٤٧/٥) . وربما كان هذا الذي رواه ابن سيرين وشريح والكرخي في جواز عدم الوقوع فيه . بيع العبد الآبق أقرب إلى التيسير المطلوب في الماملات ، إذ يصبح براء عليه بيع الملك الهارب من صاحبه حيوانا كان أو غيره شرعية نرفة المشتري بحال المبيع وعدم وجوده في يد صاحبه بعدا عن دائرة الغرر الذي تمسك به الجمهور فإن ابن سريج وابن سيرين يشترطان تساويهما في العلم أي بأن يعلم المشتري كما يعلم البائع بهرب المبيع وبأن المبيع ليس تحت يد المشتري وبذلك يكون المقد قد حصلت فيه المكاشفة والوقوف على حقيقة المعقود عليه والأصل في العقود رضا العاقدين فإن تراضيا على هذه الصورة فما المانع من إمضاء رغبتها . كما أن الكرخي جعل البيع موقفا على تسليم البائع للمشتري ، وإلا فسحه القاضي ، فلا ضرر على أي منها .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) . (٢) (م) ، (ع) : [بمسم] .

(٣) قال في البحرى : أما لو زوج الأمة بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد أو بموئل فينقد به ولا يكون نفوضا لأن الحق فيه لا لها . البحرى على الخطيب (٣٧١/٣) .

(٤) المانع هنا هو الصغر وليس عدم تسمية للمهر .

(٥) أي يجعل الصغيرة أمة وليست حرة . (٦) يباح في النسخة (ع) .

(٧) في المذهب : ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن . المذهب (٤٨/٢) .

(٨) الست : الفساد والإثم والهلاك والزنا والأحير هو المراد بها . وأجمع القاموس المحيط باب الناء فصل العين (١٥٩/١)

(٩) قال في المذهب : وأما الأمة المسلمة فإنه إن كان الزوج حرا نظرت فإن لم يحش الست وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ كَوْلًا أَنْ يُنكِحَ الْمَتَكَ الْمَوْتُ فَمَنْ نَكَحَ نَكَحَ »

١٧٧٧٨ - قلنا : هذا الشرط يعتبرونه في الحر ، ونحن بقضاء تزوجها [من عبد ^(١)] فيحوز العقد وإن لم يحش العنت ، وكذلك ينتقض بمن ^(٢) زوج أمته الصغيرة « من » ^(٣) عبده ، والمعنى في العبد أنه لو باعه مع عبد آخر في يده لم يصح ، كذلك إذا أفرده لم يصح .
١٧٧٧٩ - وفي مسألتنا لو أجر الشهر الثاني مع الأول صح ^(٤) وليس أحد الشهرين من حقوق الآخر ، فإذا أفرده صح .

١٧٧٨٠ - قالوا : لو صحت الإجارة لم يخل أن يقول يجوز بيع المجر للدار قبل حضور مدة الإجارة أو لا يجوز .

١٧٧٨١ - فإن لم يجز فقد منعتوه من بيع ملكه [في] ^(٥) حال ليس بينهما إجارة .

١٧٧٨٢ - وإن قلتم يجوز البيع بطلت الإجارة فيخرج من أن يكون يستحقه .

١٧٧٨٣ - قلنا : اختلفت الرواية عن أصحابنا في ذلك ، فإن قلنا : يجوز بيعه قبل المدة لم يمتنع كما نقول فيمن قال [لعبد ^(٦)] أنت حر رأس الشهر جاز بيعه [له ^(٧)] قبل ذلك ، وإن أدى بيعه إلى بطلان العتق ، [ولا يخرج ذلك ^(٨)] أن يكون إقاعا صحيحا .

١٧٧٨٤ - فإن قلنا : لا يجوز بيعه فلأنه علق بالدار حقا يستحق التسليم به في المستقبل فيمنع ذلك البيع قبل استحقاق التسليم ، كمن أوصى بسكنى داره سنة بعينها لم يجز لوارثه أن يبيعها بعد الموت وإن كانت السنة لم تحضر ^(٩) .

= أَيْتَكُمْ مِّنْ قَبْلِكُمْ أَلْمُوتِ... إلى قوله تعالى : ذَلِكَ لِمَنْ حَاشَى أَلَمَتْ يَنْتَهُمْ ﴿ ٢٥ ﴾ : النساء [فدل على أنها لا تحمل لمن لم يحش العنت ولم تكن عنده حرة ولا بعد طولا وهو ما يجوز به حرة ولا ما يشترى به أمة جاز له نكاحها لأية المذهب (٥٨/٢) .

(١) في (م) ، (ع) : [لعبد] .

(٢) في (م) ، (ع) : [من] .

(٣) في (م) ، (ع) : [مع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [من] .

(٥) ساقطة من (ن) .

(٦) في (م) ، (ع) : [من] .

(٧) في (م) ، (ع) : [من] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) رأي الشافعي اشترط أن تلي المنفعة العقد إلا أن الشافعية نصوا في بعض المسائل أنها مستثناة من هذا الأصل . قال في نهاية المحتاج « ويستثنى من المنع في المستقبل صور كما لو أجرة ليل لأن يعمل نهارا ، وكإجارة عين شخص للصح عند خروج فائلة بلده أو تهيتهم للحروح ولو قبل أشهره « الحج » إذا لم تأت الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير في ذلك الوقت وفي أشهره قبل المقات لبحرم منه وإجارة دار بيد غير بلد العاقدن ودار مشعولة بأشعة وأرض مزروعة لا تأت تقريبها قبل مضي مدة لها أجرة . نهاية المحتاج (٢٧٦/٥) .



عق القيد وبلوغ الصبي في مدة الإجارة

١٧٧٨٥ - قال أصحابنا : إذا أجر عبده ثم أعتقه فله الخيار ^(١) إن شاء فسخ الإجارة وإن شاء مضى عليها وكانت [الأجرة] ^(٢) فيما بعد العتق له بقبضها المولى من المستأجر أو يوكله بقبضها ^(٣) .

١٧٧٨٦ - وقال الشافعي لا خيار للعبد ^(٤) ، ويرجع على المولى [بأجر المثل] ^(٥) في قوله القديم .

(١) جمع المصنف في هذه المسألة بين مسألتين استقلت كل واحدة منهما بحث خاص في كتب المناقب وهما عتق العبد المؤجر في مدة إجارته ، وبلوغ الصبي الذي أجره الولي في مدة الإجارة وربما رأى المصنف أن الجامع بينهما زوال الحجر عن كل منهما واتحاد الحكم عند الأحناف فيهما فلم يكن لإيراد كل منهما في بحث خاص داع .

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في نفاذ عتق العبد المؤجر ، وإنما الخلاف في ثبوت الخيار له في فسخ الإجارة واستلامتها وكذا في الرجوع على مؤجره بأجر المدة التي بعد العتق .

(٣) بدلا من « الإجارة » المكتبة بالنسخ : م ، ع ، وهذه الكلمة ساقطة من (ن) .

(٤) معنى هذا أن العبد إن احتار البقاء على الإجارة وعدم فسخها فالأجرة عن المدة التي بعد العتق له وليست للمؤجر وإن كان المؤجر هو الذي يقبضها وليس العبد فإنه لا يقبضها إلا بوكالة من المولى لأنه هو العاقد الأصلي وهذا كله إذا لم يكن قد شرط في عقد الإجارة تعجيل الأجرة فإن كان شرط تعجيل الأجرة أو عجلها فإنها تكون للمولى وليس للعبد . قال في البدائع وقبض الأجرة كلها للمولى وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى ، لأن العاقد هو المولى وحقوق القصد ترجع إلى العاقد . هنا إن لم يكن المستأجر عجل الأجرة ، ولا شرط للمولى عليه التعجيل ، فإن كان عجل أو شرط عليه التعجيل فأعتق العبد واختار المضي على الإجارة فالأجرة كلها للمولى ، لأنه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل . وإن احتار المصنف يرد النصف إلى المستأجر ، لأن الأجرة بمقابلة المنفعة ، ولم يسلم له إلا منفعة نصف المدة . راجع : بدائع الصنائع (١٩٩/٤ - ٢٠٠) ، تبين الحقائق (١٤١/٥) .

(٥) معنى هذا أن الإجارة بحالها وليس للعبد خيار في فسخها . وقد وافق الشافعي في هذا المالكية والحابلة ، فقالوا بعدم فسخ الإجارة وبقائها بعد العتق ، إلا أن المالكية يرون أن الأجر عن المدة التي بعد العتق للعبد إن أراد المولى أنه حر من الآن ، وإن أراد أنه حر بعد انتهاء مدة الإجارة فالأجرة للمولى . والحابلة يرون أن الأجرة للمولى ، ولا يرجع العبد عليه بشيء ولا يخفى أن مذهب المالكية قريب من المذهب القديم للشافعي . راجع المذهب (٥٣٢/١) ، الحاوي ، أسنى المطالب (٤٣٢/٢) ، وشرح الحرشي على مختصر خليل (٣٤-٣٣/٧) بولا ، شرح منتهى الإرادات (٢٦٣/٢)

(٦) في (م) ، (ع) : « أجرة المثل » وهنا fark أنس بين الأحناف والشافعية الذين لا يحملون للعبد حيازا .

حق القصد وبلوغ الصبي في مدة الإجارة = ٣٩٧٣/٧

- ١٧٧٨٧ - وفي الجديد لا يرجع ، وإذا أجر الصبي ثم بلغ قله الخيار ^(١) .
١٧٧٨٨ - وقال الشافعي ^(٢) تبطل الإجارة ^(٣) .
١٧٧٨٩ - لنا : أنه عقد يقصد به المنفعة صح من المولى عليه في حال لا يملك التصرف في نفسه ، فإذا ملك التصرف ثبت له الخيار في قطعه .
١٧٧٩٠ ب/٢٠٠ - أصله : الأمة إذا زوجها المولى ثم أعتقها / [...] ^(٤) عبده .
١٧٧٩١ - ولا يلزم المولى إذا زوج عبده ثم أعتقه ، لأن له رفع العقد ولأنه عقد صح من المولى على أمته ، فإذا أعتقها ثبت لها الخيار كالنكاح ، ولأنه أجر مولى عليه فإذا ملك التصرف على نفسه [لم يجبر ^(٥)] على إتمام العقد كالصبي إذا أجره الوصي ، ولأنه حر مكلف فلا يستحق « منفعة » المستأجر بغير رضاه كما لو أجره الغاصب ثم أعتق .
١٧٧٩٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أَقِفُوا بِالْمَقُودِ ﴾ ^(٦) .
١٧٧٩٣ - قلنا : هذا خطاب للعائد ولم يوحد من العبد عقد حتى يخاطب بالوفاء به .
١٧٧٩٤ - قالوا : عقد لازم قبل أن يملك التصرف ، فإذا ملك التصرف لم يثبت له

= ويرجون له أجر المثل ، أما الأحناف فيثبتون له الخيار ، ويرجع بالأجر المسمى لا أجر للمثل .

(١) راجع البدائع (١٧٨/٤ ، ٢٠٠) وبه قال المالكية وراجع حاشية الدرقي (٢٩/٤) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) كذا بالنسخ وهو أحد وجهين عند الشافعية والصحيح عندهم أنها لا تبطل ، ويذكر الشيرازي هذين الوجهين بقوله : « وإن أجر صبيًا في حجره أو أجر ماله » يأتي حكم هذه المسألة عند الأحناف) ثم بلغ فيه وجهان ، أحدهما : لا يبطل العقد لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت . ثم قال والصحيح عندي في المسائل كلها أن الإجارة لا تبطل . المذهب (٥٢٣/١) . وهذا الذي صححه صاحب المذهب هو ما جزم به الماوردي في الحاوي قال : « فإذا الأب أو الوصي صبيًا ثم بلغ الصبي في مدة الإجارة وشيئًا بالإجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه . الحاوي ٢٣١ وكذا في الجرمي (١٧٩/٣) . وقرق صاحب نهاية المحتاج بين البلوغ بالاحتلام في سن لا يبلغ فيها كان أجره وهو ابن أربع عشرة سنة ثم بلغ بالاحتلام أو غيره فلا تتمسح الإجارة ، لأن أجره في سن يبلغ فيها بالسن كان أجره في المسألة السابقة (وهو ابن أربع عشرة سنة) سبى تبطل في السنة لزيادة لأن البلوغ عند الشافعية بالسن على خمس عشرة سنة . راجع نهاية المحتاج (٣١٩/٥) ورأي مخالفة يوافق الصحيح من مذهب الشافعية بأن الإجارة لا تنفسخ ببلوغه إلا إذا أجره وهو يعلم أنه يبلغ في السنة . راجع . شرح منتهى الإرادات (٣٦٣/٢) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في النسخ زيادة : زوجها عبده .

(٦) من صدر سورة المائدة .

الخيار بملكه التصرف ، كما لو زوج عبده ثم أعتقه أو زوج ابنه أو ابنته ^(١) أو باع مالهما أو أجر عقارهما ^(٢) .

١٧٧٩٥ - قلنا : [لا يشت الخيار ^(٣) بملك] التصرف لأنه لو أذن له بملك التصرف ولا خيار له ، والمعنى فيه إذا زوج عبده : أنه بملك رفع العقد الذي عقده من كملت ولايته عليه بالطلاق فلم يثبت رفعه بالخيار .

١٧٧٩٦ - وفي الإجارة عقد على منافع لا يملك رفعه [بغير ^(٤)] الخيار فملك رفعه بعد الحرية بالخيار . [وأما ^(٥)] إذا زوج ابنه أو ابنته ^(٦) فالعقد وقع لهما من كامل الولاية وليس في تيقته شين . فكأنهما عقدها بأنفسهما . وفي مسائلنا وقع العقد للمولى فلم يلزم [العبد ^(٧)] بعد الحرية البقاء عليه كما لو ابتدأه . وأما إذا أجر عقارهما فالعقد أيضاً وقع لهما [ولاشين في تيقته ^(٨)] فلم يثبت فيه حق [الفسخ ^(٩)] مع كمال ولاية العاقد .

(١) في (ن) : [ابنته] .

(٢) راجع المذهب (٥٣٢/١) ، أسنى المطالب (٢٣٤/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٢٦٢/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) بدل هذه العبارة : [الخيار بملك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لغير] . (٥) في (م) ، (ع) : [لنا] وهو خطأ .

(٦) في (ص) : [بنته] . (٧) في (م) ، (ع) : [العقد] وهو خطأ .

(٨) في (م) ، (ع) بدل هذه العبارة : [ولا تين في بيعه] وهو غريف .

(٩) في (م) ، (ع) : [العقد] وهو خطأ .



بلوغ الصبي وماله مؤجر

- ١٧٧٩٧ - قال أصحابنا : إذا أجز الأب مال ابنه ثم بلغ الابن فلا خيار له ^(١) .
- ١٧٧٩٨ - وقال الشافعي ارتفع العقد ^(٢) .
- ١٧٧٩٩ - لنا : أنه عقد لازم فإذا عقده على مال ولده لم يبطل العقد بعد بلوغه كالبائع ، ولأنه عقد على منافع ملكه كتزويج أمته .
- ١٧٨٠٠ - ولأن العقد صح من [المولى] ^(٣) وانبرم فلا يرتفع [بزوال] ^(٤) ولأنه عنه كمن أجز عبده ثم أعتقه ولأنه عقد ^(٥) يقصد به المنفعة صح من الأب في مال الصغير فلم يؤثر بلوغه كالنكاح .
- ١٧٨٠١ - احتجوا : بأنه عقد إجارة في حق الصبي فوجب أن يزول بزوال الولاية عنه ، كما لو كانت الإجارة عليه .

(١) فرق المصنف بين إجارة الصبي وإجارة ماله فجعل لكل منهما مسألة مستقلة وذلك لأن حكمهما مختلف ، ففي المسألة السابقة ثبت له الخيار عند الأحاف أما هذه فلا خيار له فيها والفرق بين إجارة الصبي وإجارة ماله : وهو ما سبقت الإشارة إليه من أن العقد على النفس فيه تقليل من شأنها خلافا للعقد على المال . قال صاحب البدائع : « إن إجارة ماله تصروفُ نظير في حقه فلا يملك إبطاله بالبلوغ فأما إجارة النفس فهري وضعها إضرار وإنما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب ، وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ » وقال أيضاً : « لأن في استيفاء العقد إضراراً به لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس وقد أجره أبوه وهذا تبيح » راجع البدائع (١٧٨/٤ ، ٢٠٠) .

(٢) الحكم في هذه المسألة عند الشافعية كالسابقة حتى إنهم لم يفرقوا بينهما في كتبهم بل جمعوا بين إجارة الصبي وإجارة ماله ثم يترى الحكم فيهما على ما سبق تقريره في المسألة السابقة بأن فيها وجهين الصحيح عدم الطللان وبقاء الإجارة لازمة وعلى هذا يظهر أن ما أثبت المصنف هنا هو أحد الوجهين وقد سبق نقل نص المذهب وفيه « وإن أجز صبياً في حجره أو ماله ثم بلغ ففيه وجهان .. » راجع : المهذب (٥٣٣/١) . ولأن حكم المسائلتين واحد عند الشافعية فإن الإنعام المأجور لم يتعرض لإحارة ماله واكتفى ببيان حكم إجارة الصبي . راجع الحاوي (٢٣١) ولا يخفى أنه لم يذكر فيه إلا قولاً واحداً وهو لزوم الإحارة وظله ما في الجرمي أيضاً (٧٩/٣) . وبذلك يكون ما أثبت المصنف هنا هو الوجه المقابل للصحيح عند الشافعية وبه قال المالكية أيضاً . راجع مواهب الجليل (٤٣٤/٥) .

(٤) في (ن) : (روال) .

(٣) في (ن) : (الولي) .

(٥) في (ن) بدل الجملة : [ولا عقد] .

١٧٨٠٧ - قلنا : إذا كانت الإجارة لم تنزل بزوال الولاية فإنما ثبت له الخيار من تبقيّة الإجارة ، لأن في ^(١) تبقيّة الإجارة شيئا ^(٢) عليه ، لأنه يخدم الناس ، فثبت له الخيار للضرر الذي يلحقه بتبقيّة العقد ، وليس في تبقيّة إجارة داره شيء عليه ، فلم يثبت له ^(٣) الخيار ^(٤) .

• • •

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) شأنه يشبهه عند زانه (عابه) . القاموس المحيطة باب النون فصل الشين (٢٤٣/٤) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) كلام المصنف هنا بمعنى كلام البدائع السابق في بيان الفرق بين إجارة الصبي وإجارة ماله . ومعناه أن في إجارة نفسه ضررا يعود عليه ، لأن خدمة الناس تنقص في حقه فلو لم يثبت الخيار في إجارة النفس ، حتى إذا أراد أن يدفع ذلك عن نفسه أمكنه ذلك . أما في إجارة ماله فلا نسبة ولا نقص في حقه ، فلم تلزم العطف السابقة . راجع البدائع في هذه المسألة ج١/١٧٨-٢٠٠ .



استئجار منفعة بجنسها

١٧٨٠٣ - قال أصحابنا : لا يجوز استئجار منفعة بجنسها كاستئجار دار بدار ، ويجوز بغير جنسها كاستئجار دار بخدمة عبد ^(١) .

١٧٨٠٤ - وقال الشافعي : ^(٢) يجوز في الوجهين ^(٣) .

١٧٨٠٥ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ « نَهَى عَنِ الْكَالِيِ » ^(٤) بِالْكَالِيِ وَزُوِي عَنِ الذَّنِي بِالذَّنِي ^(٥) .

١٧٨٠٦ - ومضى استأجر رجلا يخيظ له ثوبا بخياطة ثوب فقد ثبت كل واحد من المبلين في الذمة فهو دين بدين ، ولأنه عاوض منفعة بجنسها فلم تصح القسمة كتكاح الشغار ^(٦) .

١٧٨٠٧ - ولا يلزم المهاية لأنه ليس بمعاوضة وإنما هو [تمييز] ^(٧) المنافع ، ولا يلزم

(١) راجع البسوط (١٣٩/١٥) ، تبين الحقائق (١٠٦/٥) ، تكملة فتح القدير (٥٤/٨) ، حاشية ابن عابدين (٦٢/٦) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) المراد بالوجهين صورتين أي إجارة المنفعة بمفعة من جنسها أو من غير جنسها . قال في المهذب : « ويجوز إجارة المنافع من جنسه ومن غير جنسها ، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع » . راجع المهذب (٥٢٢/١) ، فتح العزيز (٢١٠/١٢) ، الحاوي (١٤٠) وقد وافق الشافعي المالكية والمثابرة في القول بالجواز . راجع بلمة السالك على الشرح الصغير (٢٣٢/٢) ط الحلي ، المغني (٤٤١/٥) .

(٤) الكالِي والكَلَاة بالضم السبيبة (التأجيل) . راجع القاموس المحيط باب الهزرة فصل الكاف (٢٧/١) (٥) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عمر نَهَى ﷺ « عَنْ كَالِيِ يَكَالِيِ الذَّنِي بِالذَّنِي » . راجع السنن الكبرى كتاب البيوع باب ما جاء في بيع الدين بالدين (٢٩٠/٥) .

(٦) وسمي التكاح بذلك لحلوله من المهر ، ويقال أيضًا : شتر الكلب شترا من باب نفع إذا رفع إحدى رجله ليول . وقيل سمي النكاح به لأنهما رفعا المهر من العقد . وشرعا : هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يوجه المتزوج ابنته أو أخته ليكون أحد المقدين عوضا عن الآخر . وهو من أنكحة الجاهلية التي حرمها الإسلام . راجع . القاموس المحيط باب الرأه فصل الثين (٦٢/٢) ، البسوط (١٠٥/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [حبر] وهو خطأ .

الموصى [له ^(١)] يسكنى دار إذا صالحه الورثة على سكنى دار أخرى ، لأنه ليس بمعاوضة ، وإنما هو [لإسقاط ^(٢)] حقه ^(٣)] عن الوصية .

١٧٨٠٨ - ولهذا قالوا : لو أجر الدار الموصى يسكنها من الورثة لم يصح ^(٤) .

١٧٨٠٩ - ولأنه عاوضه ما ليس بغير جنسه ^(٥) فوجب أن تبطل التسمية إذا لم يتوبا في المجلس « كس » ^(٦) باع درهمه بدرهم ^(٧) أو قفيز حنطة غير معين بمثل غير معين .

١٧٨١٠ - ولا يلزم [الشغار لأن التسمية تبطل ولا يلزم ^(٨)] بيع الطعام بالطعام لأنه إذا تمين حاز ^(٩) ، وقد احترزنا عنه وإن كان غير معين فهو أصل علتنا ، ولأنه أجز دارًا بدار للسكنى فوجب أن لا يصح . أصله : إذا أطلق المدة .

١٧٨١١ - احتجوا : بأنهما منفعتان يجوز إجارة كل واحدة منهما على الانفرد

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (ن) : « إسقاط » .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) وإنما لم تصح إجارة الدار الموصى بمنفعتها لأن الموصى له يستحق منفعة الدار بحكم الوصية فلا يصح المقد عليها مرة أخرى بالإجارة لتعدد الاستيفاء ، وسواء في هذا إذا كان الموصى له بالمنفعة هو المستأجر أم غيره . وقد سقت الإشارة إلى ذلك .

(٥) أي أن المعاوضة في إجارة الدار يسكنى دار أخرى معاوضة جنس بجنسه ، ومعلوم أنه عند انعقاد الجنس في المعاوضات يلزم التفاضل في المجلس وعدم التفاضل وإلا كان ربا . (٦) في (م) ، (ع) : [من] .

(٧) إنما قصد المصنف بما سبق التعليل لمنع صحة الإجارة إذا كانت الأجرة مفعلة من جنس المنفعة المؤجرة كمن أجر دارًا يسكنى دار أخرى ، وذلك لجريان ربا النسبة في هذه الحالة لأنه إذا انعقد الجنس وجب التفاضل في المجلس كما سبق وحرر التأجيل ، وهي الإجارة لا يمكن التفاضل في الجنس ، لأن المنافع لم تحدث بعد ، والمقد يقع عليها فيتحقق المحذور السابق . قال في المسوط ميتا سبب المنع في إجارة الدار بالدار : « للمعقود عليه ما يحدث من المنفعة ، وذلك غير موجود في الحال ، فإذا انعقد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه بغير نسبة ، وبالمجلس يحرم النساء عدنان بخلاف ما إذا اختلف الجنس كإجارة الدار بخدمة الصبي » . راجع للمسوط (١٣٩/٥) . وأرى أن هناك فارق بين إجارة الدار بالدار وبين بيع الدرهم بالدرهم لأن الإجارة مورد العقد فيها المنافع خلافا للبيع فإنه وارد على العين وإن مراعاة المماثلة في الأعيان ممكنة وكذا التفاضل بالإضامة إلى الص على أن عدم مراعاة ذلك يكون من قبيل الربا بخلاف للمنافع وإن التفاضل فيها في المجلس غير ممكن كما أن المتماثل فيها يتم ، حتى وإن تماثلت المنافع بأن تماثلت المنافع المؤجرة في كل شيء فقد لا يتساوى لانتماع لأنه يختلف من شخص إلى آخر ولذا فإن جريان الربا في المنافع فيما ذهب إليه بعض الأحناف نوع توسع في تفسير الربا ، قادهم إليه تصورهم الفلسفي لطبيعة المنافع وتوابعها شيئا فشيئا .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) قال في اللباب : وما سوى الأثمان مما يثبت فيه الربا يعتبر به التمين ولا يعتبر فيه التفاضل نصبه لأن سعر الأثمان يتعين بالتعين . اللباب (٣٩/٢) .

فجاز إجارة إحداهما بالأخرى . أصله منفعة الدار بمنفعة العبد ^(١) .

١٧٨١٢ - قلنا : منفعة الدار ومنفعة العبد جنسان لا ربا فيهما فلا يعتبر فيهما التعين ولا التقابض ، وليس كذلك الدار بالدار ولأنه ^(٢) جنس واحد غير معين فلا يصح إذا تأخر استيفاؤه عن مجلس العقد .

١٧٨١٣ - فإن قيل ^(٣) باطل إذا ^(٤) استأجر عبدا يرضى الغنم بعيد يخزل له .

١٧٨١٤ - قلنا : منفعة العبيد ^(٥) جنس ^(٦) واحد وهذا اختلاف الأنواع ^(٧) فهو كالخطة البيضاء والحمرء .

١٧٨١٥ - قالوا : لو كان المانع عذر القبض لم يجز [في الجنسين] ^(٨) لأنه دين مدين ^(٩) .

١٧٨١٦ - قلنا : المانع عدم القبض ^(١٠) .

(١) قال الشيرازي : تجوز إجارة المنفعة بالمنفعة وقال أبو حنيفة لا تجوز بجسها . لا : أنها مفتتان تجوز إجارة كل واحدة منهما فجاز إحداهما بالأخرى كما لو كانت من جنسين . قالوا معاوضة منافع بمنافع من جنس واحد فلم يجز كما لو تزوج أمته على أن يزوجه ذلك أمته . قلنا : إذا لم يجعل يضع كل واحدة منهما صدقا للأخرى جاز . ولأنه شرط الصداق لغیر المرأة ، وهذا شرط الأجرة لما لك المنفعة ، وإن جعل بضع كل واحدة منهما صدقا للأخرى لم يجز ، لأنه أشرك في البضع بين الزوجين وغيرهم . قالوا : المدة في الإجارة نساء والنساء يحرم في الجنس الواحد . قلنا : لا يحرم عبدا ، ثم المدة في الإجارة ليست نساء وإنما هو تقدير للمعقود عليه ولهذا ينقضى الحق بانقضائها والنساء ما يحل الحق بانقضائه ، ولأنه لو كان نساء لما جاز بأجرة موجبة ، ولوجب أن لا يجوز في الجنسين ، لأنه بيع نسيئة بنسيئة . راجع المذهب (٥٢٢/١) ، الحاربي (١٤٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولأنه] . (٣) في (م) ، (ع) : [قلنا] وهو خطأ .

(٤) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) . (٥) في (م) ، (ع) : [العبد] .

(٦) الجنس كل مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو . التعريفات (٦٩) .

(٧) النوع كل مقول على واحد أو على كثيرين متفقين بالمخالفات في جواب ما هو . التعريفات (٢٢١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الجنس] .

(٩) قال ابن قدامة : وما قاله أبو حنيفة لا يصح لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير السبيته ولو كانت

نسبته ما جاز في جنسين لأنه يكون بين دين بدين . المعنى (٤٤١/٥) .

(١٠) قال في الميسوط : « لا كان المعقود عليه بما يحدث في امددة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئا متبعا بهذا بمنزلة اشتراط أجل ، فإن المطالبة بالتسليم تأخر بالأجل ، فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود

عليه لا تثبت في الحال ، بل تأخر إلى حدوث المنفعة ، وهذا أبلغ من ذلك ، لأن بالأجل لا يتأخر استيفاء العقد

وهنا يتأخر انعقاد العقد في حق المعقود عليه ، ولكن ليس بدين على الحقيقة ، لأن الدين ما يثبت في الذمة

والمانع لا تثبت في الذمة ، والمحرّم : الدين بالدين فلوكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف

الجنس ، وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس . راجع الميسوط (١٤٠/١٥) .



استئجار الكتب

- ١٧٨١٧ - قال أصحابنا : إذا استأجر دفترًا يقرأ فيه لم تصح الإجارة ^(١) .
- ١٧٨١٨ - وقال الشافعي تصح ^(٢) .
- ١٧٨١٩ - لـ : أنها إجارة لا تصح على مدة مطلقة فلا تصح وإن عين المدة .
- ١٧٨٢٠ - أصله : ما ليس له قيمة ، ولأنه عين استأجرها ليقراً فيها فأشبه إذا استأجر [دراهم] ^(٣) ليقراً ما عليها ، ولأنها منفعة تستوفي بالنظر فلم تستحق بالإجارة .
- ١٧٨٢١ - أصله : إذا استأجر ثياباً لينظر إلى نقوشها ، وإذا استأجر الحائط لينظر إلى ما عليه من الكتابة .
- ١٧٨٢٢ - فإن قيل : النظر إلى هذا مباح بغير إجارة ^(٤) .
- ١٧٨٢٣ - قلنا : النظر في المصحف مباح بغير إجارة ^(٥) .

(١) راجع البدائع (١٧٥/٤) ، حاشية ابن عابدين (٣٥/٦) ، تبين الحقائق (١٢٥/٥) ، البسوط (٣٦/١٦) .

(٢) قال الشيرازي : « يجوز استئجار الكتب وقال أبو حنيفة : لا يجوز : لنا أنه منفعة يصح إعارتها فجارت إعارتها كمنفعة السكنى ، قالوا استئجار لنظر والقرعة فأشبه استئجار الدراهم والحائط الذي عليه كتابة . فلا يحتمل أن يجوز استئجار الدراهم لقراءة ما فيها والحائط الذي في الدار ، وإن كان خارج الدار لأن ذلك صاح له من غير عقد وهذا محرم عليه من غير عقد فجاز العقد عليه . راجع النكت ورقة ١٦٨ ويقول الشافعية قال المالكية والحابلة . راجع مواهب الجليل (٤٢٣/٥) ، المغني (٥٥٤/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٧/٢) .

(٣) في (٥) : [درهما] .

(٤) راجع نص انكث السابق وقال ابن قدامة : لما أنه انتفاع مباح يحتاج إليه ويجوز الإجارة له فجازت إحارته كسائر المنافع . وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ، ولا جرت العادة بالإجارة من أجله . وفي مسائلنا يحتاج إلى القراءة في الكتب والحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الاعتام المقصود المحتاج إليه . للمغني (٥٥٤/٥) .

(٥) أي أن المصحف يجوز النظر فيه بغير إجارة فلا تجوز إجارته . قال في البدائع : « وعلى هذا يجرح إجارة المصحف أنه لا يجوز ، لأن منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه والنظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح . والإجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلاً للبيع كالأعيان المباحة من الحطب والحشيش » البدائع (١٧٥/٤) .

هذا وقد وافق الأحناف في منع إجارة للمصحف الحابلة في وجه عدمه ، ووفقوا بين إجارة المصحف وإجارة سائر الكتب بأن في منع إجارة للمصحف عبادة لكلام الله عن الانهزال ، قال في المغني : « وفي إجارة »

١٧٨٢٤ - احتجوا : بأنها مفعلة مقصودة ، يجوز إعارتها فجاز إعارتها ، أصله : إجارة الخلي والنياب (١) .

١٧٨٢٥ - قلنا : يطل بإجارة الفحل (٢) .

١٧٨٢٦ - قالوا : [هناك المقصود الماء دون المنفعة (٣) ، والماء تبع (٤)] ولهذا يجوز إجارة الفحل والأعيان لا تستحق بالعارية (٥) .

١٧٨٢٧ - ولأن النيابة تستوفى منفعتها بإيقاع الفعل فيها ، والدفاتر لا يوقع فيها فعلا ، وإنما هو بفعل النظر وذلك لا يستحق به أجر .

= للمصنف وجهان أحدهما : لا تصح إعارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلّة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به ، وإبذاله بالسنن في البيع والأجر في الإجارة والثاني : تجوز إعارته وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الإجارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب ولما سائر الكتب الجائر فيها فمجرز إعارتها . للمصنف (٥٥٣/٥) .

ويجوز إجارة المصنف قال ابن المنذر والمالكية أيضا .

راجع الإشراف (٢٣٩/١) ، مواهب الجليل (٤٢٣/٥) .

(١) وراجع نص الكتب السابق في المسألة والمصنف (٥٥٤/٥) .

(٢) أي أن الفحل تجوز إعارته ولا تجوز إعارته وسوف يأتي مزيد تفصيل لإجارة الفحل .

(٣) هذا ما علة به الجمهور لمنعهم إجارة الفحل بالإضافة إلى النهي الوارد في ذلك .

(٤) كلنا العبارة بالسبح ولعل مرادها : قالوا هناك المقصود الماء دون المنفعة وقلنا المقصود المنفعة والماء تبع

(٥) أي لو كان المقدر في إجارة الفحل على الماء لما جازت إعارته .



إجارة الدراهم والدنانير

١٧٨٢٨ - قال أصحابنا : إذا استأجر دراهم ليعبر بها أو حطة ليعبر بها المكاييل جازت الإجارة ^(١) .

١٧٨٢٩ - ذكره ^(٢) في الأصل ^(٣) ، وذكره الطحاوي في الاختلاف ^(٤) .

١٧٨٣٠ - وقال أبو الحسن ^(٥) . في المختصر : لا يجوز إجارة الدراهم ولا الدنانير ^(٦) .

١٧٨٣١ - قال أبو بكر الرازي ^(٧) معناه إذا أطلق الإجارة ^(٨) .

(١) راجع البدائع (١٧٥/٤) ، المبسوط (٣١/١٦) ، ٣٢ ، وبه قال الحنابلة . راجع المعني (٥٤٦/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذكر] .

(٣) راجع الأصل لمحمد بن الحسن ورقة ٥٠ وذكر أيضًا في الأصل عن أبي حنيفة أنه قال « لا يجوز إحارة الدراهم والدنانير » الأصل ورقة ٥١ .

(٤) قال في الاختلاف قال أصحابنا : لا يجوز إلا أن يقال استأجره لأزد به ويؤقت . اختلاف الفقهاء ورقة ١١٦

(٥) أبو الحسن الكرخي سبقت ترجمته .

(٦) السنيار ورن إحدى وسعين شعيرة ونصف تقريبًا . المصباح المنير (٢٠٠ - ٢٠١) .

(٧) أحمد بن علي الرازي الحنفي المعروف بالخصاص « أبو بكر » فقيه مجتهد ورد بندهاد في شيابه وتوفي بها سنة ٣٧٠ هـ وله ٦٥ سنة من تصانيفه شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن ، شرح مختصر الطحاوي ، أحكام القرآن وغيرها . راجع الفوائد البهية ص ٢٧ ، ٢٨ ، الأعلام (١٧١/١) وغيرها .

(٨) اختلفت كتب المذهب الحنفي في جواز إحارة الدراهم والدنانير . وقد سبق أن في الأصل ذكر الجواز وعدم الجواز ، والظاهر أنه لا تعارض فعلم الجواز محمول على الإطلاق أي من غير أن يذكر نوع المنفعة المستأجر لها وهو ما احتز منه المصنف هنا بقوله « تعتبر بها الموارين أو حطة لتعبر بها المكاييل » والجواز محمول على ما إذا عين كما هو الحال في هذه المسألة . قال في المبسوط قال يفتي رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل موزون أو مكيال لأن الانتفاع بها لا يكون إلا باستهلاك بعضها ولا يجوز أن يستحق بالإجارة استهلاك العين ولا أجر عليه لأن العقد لم ينقذ أصلاً لانعدام محلله فمحله الإجارة منقذة تفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الأموال منفعة مقصودة تفصل عن العين ، وبدون الخلل لا ينقذ العقد وهو ضامن للمال ، لأن العقد لما صار لغوا بقي مجرد الإذن مكانه أفعاره إياه . وقد بينا أن العارية في المكيال والموزون قرض ، وإذا استأجر ألف درهم ليرين بها يومًا إلى الليل بأجرة مسماة فهو جائز وكذلك لو استأجر حطة مسماة يعبر بها مكاييل له يومًا إلى الليل فهو جائز . وذكر الكرخي يفتي في مختصره أنه لا يجوز . قيل ما رواة الكرخي راحته محمول على ما إذا استأجرها ليعبر بها مكايلاً وما ذكره في الكتاب محمول على ما إذا استأجرها ليعبر بها مكايلاً لا بعينه فيكون المقرد عليه مطعونا . وقيل بل =

- ١٧٨٣٢ - وقال أصحاب الشافعي فيها وجهان ، المذهب منهما أنه لا يجوز ^(١) .
 ١٧٨٣٣ - لنا : أنها منفعة معلومة يحل استيفائها من العين مع بقائها فجاز العقد عليها .
 ١٧٨٣٤ - أصله : سائر المنافع ولأنها أبيع الانتفاع بها ^(٢) فإذا استأجرها ليزن بها جاز كالحجر ولأنه من جنس الأثمان فجاز استأجره ليزن به [كقطع الذهب] ^(٣) .

= فيه روايتان ، وجه ما قال الكرخي ^(٤) أن هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الأعيان ، وإذا كان لا يجوز استأجرها للمنفعة التي هي مقصودة منها فلا يجوز استأجرها للمنفعة التي هي غير مقصودة منها أولى . وجه ظاهر الرواية أن ما سمي عملاً بالمستأجر مع بقاء عينه فإن الوزن بالدراهم عمل مقصود كالوزن بالحجر ، ولو استأجر حجراً ليزن به يوماً جاز فكذلك الدراهم . ^(٥) الميسوط (٣١/١٦ ، ٣٢) .

(١) وافق المالكية الشافعية في ورود الوجهين في مذهبيهما ، وقد أورد الحنابلة كذلك هذين الوجهين في إجازتهما إذا أطلق العقد ولم يبين نوع المنفعة . قال في المذهب « واختلفوا في استأجر الدراهم والدنانير يثبتل بها الدكان واستأجر الأشجار لتجفيف الثياب والاستغلال . فمنهم من قال : يجوز لأنه منفعة مباحة فجاز الاستأجر لها كسائر المنافع ومنهم من قال : لا يجوز . وهو الصحيح لأن الدراهم والدنانير لا ترد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستغلال ، فكان يذل الموضع فيه من السفه وأخذ الموضع عنه من أكل المال بالباطل . ولأنه لا يضمن منفعتها بالفصب فلم يضمن بالعقد . للمذهب (٥١٧ / ١) . وفي بداية الجهد » ومن هذا الباب اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير ، وبالحسنة كل ما لا يعرف بعينه ، فقال ابن المقاسم : لا يصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتزائم الأجرة فيه وإثما منع من منع إيجارها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بالتلف عينها ، ومن أجاز إيجارها تصور فيها منفعة ، مثل أن يتجمل بها أو يتكرر أو غير ذلك « بداية المجتهد (١٦٩/٢) . وفي المعنى : « وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منها ، لأن منفعتها في الإجارة معية في التحلي والوزن ، وهما متقاربان فوجب أن تعمل الإجارة عند الإطلاق عليها كاستأجر الدار مطلقاً ، فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها . وقال القاضي لا تصح الإجارة ويكون قرضاً ... لأن الإجارة تقتضي الانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير ، وإثما هو بأعيانها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد » ، ثم صحح ابن قدامة قول أبي الخطاب بصحة إيجارها عند الإطلاق . أما إذا بين نوع المنفعة كما إذا كانت الدراهم للوزن والتحلي فقد سبق القول بأنهم مع الأحناف في القول بالجواز قولاً واحداً . راجع المعنى لاس قدامة (٥٤٦ ، ٥٤٥/٥) . ومن حلول العرض السابق يتبين لنا أن الأحناف والحنابلة يفرقون بين إطلاق العقد لنوع الانتفاع ، وبين بيان نوع الانتفاع ، فإن أطلق ففيه وجهان ، وإن بين نوع الانتفاع فهو جائز . والشافعية والمالكية يحملون في إجارة الدراهم والدنانير وجهين من غير فرق بين بيان نوع الانتفاع وعدمه . غير أنهم عند تفسير الوجهين يحملون الجواز على المنفعة التي قال بها الحنابلة والأحناف ، وهي الوزن أو الكيل أو التحلي ، وعدم الجواز على التعامل بها وحرف عينها ، ومن ثم يمكن أن نقرر أن إجارة الدراهم والدنانير والحسنة للتعامل بها وحرف عينها لا يجوز عند الجميع وأن إيجارها للوزن والكيل يجوز عند الأحناف والحنابلة وفي وجه للمالكية والشافعية .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) في (ن) ، (م) ، (ع) : « كإقطاع الذهب » ولعله قصد قطع الذهب الثير (غير المضروب) لأنها =

١٧٨٣٥ - احتجوا : بأنه لا يجوز إيجارها [مطلقة] ^(١) فلا يجوز إن عين كالفحل ^(٢) .
 ١٧٨٣٦ - قلنا : يبطل باستجار رأس الحائط لو أطلق الإجارة لا يصح ولو عقد
 [لبناء] ^(٣) عليه جاز عندكم ، ولأن الإجارة المطلقة تتناول المنفعة المقصودة من العين
 والمقصود من منافع الدراهم إنفاقها فإذا أطلق العقد على ذلك يبطل ، وإذا قيد ^(٤) فقد
 صرف العقد إلى ^(٥) منفعة يباح استيفاؤها من غير استهلاك فجاز العقد .

= تكون بمنزلة الحجر الموحجر للوزن به .

- (١) في (م) ، (ع) : [مطلقاً] والمراد إيجارها من غير تعيين نوع للمنفعة .
- (٢) في (م) ، (ع) : [الفحل] وبأنه حكم إجارة الفحل . راجع فتح المزمع (٢٢٥/٢) .
- (٣) غير مفروضة بجميع النسخ . وإنما لم يجر الإجارة المطلقة في الحائط لأن من شرط صحة الإجارة تعيين المنفعة قال في المحتاج « ولو صلحت الأرض لبناء وزراعة وغرس اشترط تعيين المنفعة » وفي المحتاج (٣٤١/٢) .
- (٤) في (ن) : [قبل] وهو خطأ .
- (٥) ساقطة من (ن) .



استنجار الحائط لوضع خشبه عليه أو الشجر لنشر الثياب

١٧٨٣٧ - قال أصحابنا : إذا استأجر حائطا ليضع [عليه] ^(١) خشبا أو يني عليه ^(٢) سترة لم يجز ^(٣) .

١٧٨٣٨ - وقال الشافعي : يجوز ذلك ^(٤) .

١٧٨٣٩ - قالوا : لو استأجر نخلة ليسط على أغصانها [الثياب] ^(٥) أو يسند إليها دابة جاز ^(٦) .

١٧٨٤٠ - لنا : أنها منفعة لا تصلح للسكنى فلا تجوز إيجارها . أصله : إذا استأجر كوة ليدخل عليه الضوء منها ، ولا بقعة ^(٧) ، لا يجوز أن يكرهها شهرا مطلقا فلم يجز أن يكرهها وإن عين الشهر ^(٨) .

١٧٨٤١ - أصله : إذا كان رأس الحائط لا يمكن الانتفاع به .

١٧٨٤٢ - ولأنه استأجر حائطا للبناء عليه فصار كما لو لم يسم جنس البناء ، ولا صفته ^(٩) .

(١) في (م) ، (ع) : [عليها] .

(٢) راجع المبسوط (٤٣/١٦) ، البدائع (١٨١/٤) .

(٤) وهو مذهب المالكية والحابلة أيضا راجع نهاية المحتاج (٢٨٤/٥) ، مواهب الجليل (٤٢٣/٥) .

المنهي (٥٤٨/٥) ، قروض المربع ص ٢١٥ ، شرح منتهى الإرادات (٥٣٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الثياب] .

(٦) راجع فتح العزيز (٢٢١/١٢ ، ٢٢٧) ، المهذب (٥١٧/١) ، والمضي (٥٤٧/٥) وهو غير جاز عند الأحناف راجع البدائع (١٩٢/٤) .

(٧) أي بقعة لا تصلح للسكنى قال في البدائع : ولو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موصلا من الحائط ليدق فيه وتذا لم يجز ، البدائع (١٨١/٤) . وما ذكره المصنف هنا غير مسلم من قول الشافعية بين ذلك من نص الشيرازي الآتي قال : « يجوز استنجار الحائط لوضع الجذوع وقال أبو حنيفة لا يجوز ، لنا أنه منفعة يجوز بذلها من غير عوض فجاء بعض . أصله استنجار البهيمة للحمل ، قالوا بقعة لا تصلح للسكنى فأشبه إذا استأجر كوة بدخل منها الضوء . قلنا إلا أنه يصلح لمنعة مقصودة كالسكنى والأصل يحصل فلا يسلم . راجع التكت ورقة ١٦٩ .

(٨) في (م) ، (ع) : [منفعة] .



الاستئجار لحمل الخمر لغیر الإراقة

- ١٧٨٤٣ - قال أصحابنا : إذا استأجر رجلا لينقل له خمرًا صحت الإجارة ^(١) .
- ١٧٨٤٤ - قال الشافعي لا يجوز ^(٢) .
- ١٧٨٤٥ - لنا : أنه استئجار لحمل ما قد يباح حمله فوجب أن يصح . أصله إذا استأجره ليحمل له ظهر ميتة .
- ١٧٨٤٦ - والدليل على الوصف : أن نقلها للإراقة جائز باتفاق ^(٣) ، ولأنه نوع ^(٤) شراب ، فجازت الإجارة على حمله كسائر الأشربة .
- ١٧٨٤٧ - ولأنه شراب يجوز أن يستأجر لحمله للإراقة فجاز مطلقًا كسائر الأشربة ^(٥) .
- ١٧٨٤٨ - ولأن العقد لا يختص بحمل الخمر ؛ لأنه لو أمر بحمل خل مثله جاز ،

(١) هذا هو رأي الإمام أبي حنيفة ومذهب الصاحبين مع الشافعي في عدم الجواز . قال في المبسوط « ولو أن ذبياً استأجر مسلماً ليحمل له خمرًا فهو على هذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز المقد لأن الخمر يحرم للشرب ، وهو معصية والاستئجار على المعصية لا يجوز . والأصل فيه قوله ﷺ : « لَنْ أَلْقَى الْخَمْرَ غَشْرًا وَذَكَرَ فِي الْجُمْلَةِ خَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ . وأبو حنيفة رحمه الله يقول : يجوز الاستئجار . وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لا يتعين عليه حمل الخمر ، فلو كلفه بأن يحمل عليه مثل ذلك يستوجب الأجر ولأن حمل الخمر قد يكون للإراقة وللصب في الخل ليحلل فهو نظير ما لو استأجره ليحمل ميتة وذلك صحيح . المبسوط (٣٨/١٦) . وراجع أيضًا البدائع (١٩٠/٤) .

(٢) وافق الشافعي في هذا الصحاح من الأحاف والمالكية والحنابلة . راجع المبسوط والبدائع في الموضعين السابقين ، معني المحتاج (٣٣٧/١٢) ، نهاية المحتاج (٢٧٤/٥) ، مواهب الجليل (٤٠٩/٥) ، المعني (٥٥١/٥) .

(٣) راجع نص المبسوط السابق وفي فتح العزيز « يجوز الاستئجار لنقل الميتة عن الدار إلى الزبلة والخمر إراقة » فتح العزيز (٣٢٧/١٢) . وفي معني المحتاج : « وأما الاستئجار على حمل الخمر للإراقة فجائز ، كقول الميتة إلى الزبلة ، وكما يحرم أخذ الأبرة على الخمر يحرم ، إعطاؤها إلا لضرورة ، كفك الأسير وإعطاء الشاعر فلا يهجو العالم ليدفع ظلمه ، والحاكم ليحكم بالحق فلا يحرم عليه . انظر : معني المحتاج (٣٢٧/٢) .

(٤) سائطة من (م) .

(٥) لم يسلم اشتراكي بهذا فقال : « لا يجوز الاستئجار على نقل الخمر ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، لنا أن نقلها محرم لقوله ﷺ : « لَنْ أَلْقَى الْخَمْرَ وَغَائِرَهَا وَتَقْتَصِرُهَا وَغَائِبِلَهَا وَالتَّحْتَوِلَةُ لَهُ » فأشبه سائر المعاصي » فالرا نقل الخمر فأشبه النقل للإراقة قلنا : هناك مباح وهذا معصية وراجع الكت ورقة ١٦٩

فإذا لم يتبين ذلك صار كأنه استأجره على نقل أوطال مطلقة (١).

١٧٨٤٩ - ولا (٢) يقال إذا استأجر داراً ليصلي فيها لم يتبين (٣) الصلاة ، ولا يجوز عندكم (٤) ، لأنها تعين عدنا ألا ترى أن نوع المنفعة المسماة لا يستحق أكثر منه ، والسكنى أكثر من الصلاة فتعين الصلاة (٥) وما تعين [هنا معنى من (٦) العمل] وذلك مجهول فيتعلق العقد ، وإنما لا يصلح الإجارة له أو بنوعه وهو غير (٧) معروف .

١٧٨٥٠ - احتجوا : بأن تخيل الخمر (٨) لا يجوز ، فصار النقل معصية والإجارة

(١) قول المصنف هنا بأن العقد في نقل الخمر لا يتبين في نقل الخمر بل للمستأجر أن يأمره بنقل مثله غلاً أو زبناً مما هو مباح يستقيم لو كان العقد وقع على حمل أوطال معدودة من غير بيان نوع المحمول ورضى المستأجر بذلك فلمن أحره حبتل أن يكلفه بحمل المقدار المشروط من أي نوع شاء مما هو مباح أيضاً . أما إذا وقع العقد على شيء معين ورضى به المستأجر فلا يجوز لمن استأجره أن يكلفه بنقل غيره حتى ولو كان مباحاً مثله فقد يرضى الإنسان بحمل الماء أو الخل ولا يرتضي حمل الزيت أو القار وغيره لما يلقفه من توسع الثياب ويحرم مع أن الحمل لهذه الأنواع حائز من غير خلاف ، ولو صح ما قال المصنف لوجب أن يكون حكم العقد عندهم الفساد وليس الصحة فيكون الاستحجار على نقل الخمر مباحاً ويصح باستبدال المحمول غلاً أو زبناً على ما قال أيضاً لكان ينبغي لمن استأجر رجلاً ليحمل له زبناً أو حلاً أن يأمره بحمل مثله حراً ولا يخفى الفرق بين حمل الخمر وحمل الخمر فقد تنفر نفس المسلم من حمل الخمر خلافاً للحل والريت ، ثم هذا جائز وذلك حرام .

(٢) في (ن) : [فلا] . (٣) في (ن) : [تحجز] .

(٤) أي لا يحترض علياً في قولنا بأن العقد في نقل الخمر لا يتبين بأن العقد في إجارة الدار للصلاة تعين عند الأحناف . وهو ما قصد ابن قدامة بقوله « يطل باستحجار أرض ليأخذها مسجداً » . المعنى (٥٥١/٥) .

(٥) هذا جواب المصنف على الفرق بين العقد على حمل الخمر والدار للصلاة فيها لأن الحمل لا يستحق أكثر منه خلافاً لعدم تعين الصلاة فيلزم منه استحفاظ السكنى ، وهي زيادة منفعة لم يقع العقد عليها .

(٦) من (ن) وفي غيرها غير مقروعة . (٧) ساقطة من (ن) .

(٨) تخيل الخمر هو تحويلها إلى خمر وقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك قال الإمام الشوكاني بعد أن ذكر عدة أحاديث في منع تحويلها معها ما روى عن أنس أن النبي ﷺ : « شيل عن أخير يشكك غلاً فقال : لا وعن أنس أيضاً أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أنعام وزبوا حشراً قال أخرقها قال أفلا تجعلها غلاً ؟ قال : لا قال الإمام الشوكاني قوله « قال لا » فيه دليل للجمهور على أن لا يجوز تحليل الخمر ولا تحليل هذا إذا خلطها بوضع شيء فيها أما إذا كان التحليل بالنقل من الشمس إلى الظل ونحو ذلك فأصح وجهه عند الشافعية أنها تحل وتطهر . وقال الأوزاعي وأبو حنيفة : تطهر إذا حلت لا لقاء شيء فيها ، وعمر مالك ثلاث روايات أصحها أن التحليل حرام ، فلو خلطها عصي وطهرت . راجع نيل الأوطار (١٨٧/٨) ، لنبوط (٢٢/٢٤) ، رؤس المسائل ٣٠٨ ، طريقة الخلاف للأسمدي ص ٤٣٩ .

على المعاصي لا تجوز^(١) .

١٧٨٥١ - قلنا : تحليل الخمر عندنا مباح ، ونقلها كذلك مباح ، ولا نسلم الوصف .

١٧٨٥٢ - ولأن نقلها وإساکها حتى تتحلل بنفسها غير محظور ، والنقل [يجوز أن يكون^(٢) لذلك]^(٣) .

١٧٨٥٣ - قالوا : روى عن النبي ﷺ أنه [لَقَرَ الْحَمْرَ وَحَامِلَهَا]^(٤) .

١٧٨٥٤ - قلنا : المراد به الحمل المحظور باتفاق ، وذلك لا يكون إلا في نقلها للشرب خاصة .

• • •

(١) استدل به الصاحبان من الأحناف أيضًا راجع الميسوط (٣٨/١٦) ، وقال ابن قدامة : استعجل لفعل محرم فلم يصح ، كالزنا (٥٥١/٥) .

(٢) مناقشة من (ن) .

(٣) في (م) ، (ع) : [كذلك] .
(٤) عن عبد الله بن مسعود قال : « لَقَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْحَمْرَ وَحَامِلَهَا وَغَامِرَهَا وَتَقَضَّرَهَا وَتَأَمَّنَهَا وَتَحْمَلُهَا إِلَيْهِ وَتَأَمَّنَهَا وَتَمْلَأُهَا وَتَأْكُلُ مِنْهَا » . أخرجه البيهقي في السنن كتاب الأشربة والمحدث فيها (٢٨٧/٨) وأبو داود من حديث ابن عمر كتاب الأشربة باب ما جاء في تحليل الخمر (٨٢/٤) ومن طريق ابن عمر أخرجه أيضًا الحاكم في المستدرک (٣٢/٢) ، أخرجه أحمد من حديث ابن عباس عن رسول الله ﷺ . راجع المسد (٢١٦/٢) ، (٩٧/٣) من طريق ابن عمر . قال الهيثمي : « من طريق عبد الله بن مسعود فيه عيسى الجهاط وهو ضعيف ، ومن طريق عبد الله بن عمر فيه لث بن أبي سليم وهو ثقة ولكنه مدلس » راجع مجمع الزوائد (٨٩/٤ ، - ٩٠) .



استئجار الدار للصلاة

١٧٨٥٥ - قال أصحابنا : إذا استأجر داراً ليتخذها مسجدًا أو يصلي فيها الغرض لم يجز^(١).
١٧٨٥٦ - وقال الشافعي : / يجوز^(٢).

١٧٨٥٧ - لنا : أنه عمل^(٣) لا يستحق بالإجارة ، فلا يجوز إحارة الدار له . أصله
إذا [استأجرها لينظر إليها ، ولأن كل فعل لو^(٤)] استأجر له الدار مدة مطلقة لم يجز
فإذا عينها لم يجز .

١٧٨٥٨ - أصله : إذا [استأجرها]^(٥) نوع المعاصي ، وأما إذا قال لأتخذها
مسجدًا فالمسجد يقتضي زوال الملك عن الرقبة والإحارة لا يستحق بها أصلًا كالأعيان .
١٧٨٥٩ - احتجوا : بأنه استأجر عيًّا للإيقاع فعل فيها يحوز استباحته بالإذن فأشبهه
الاستئجار للسكنى^(٦) .

١٧٨٦٠ - قلنا : يطل إذا استأجر دابة [لينزي]^(٧) عليها فحلًا ، وإذا استأجر
حيوانًا ليذبحه فیتعلم الذبح .

١٧٨٦١ - والمعنى في السكنى أنها تجوز [لمنفعة^(٨)] وذلك يجوز أن^(٩) [يستحق

(١) حاشية ابن عابدين (٣٤/٦) ، المبسوط (٣٨/١٦ ، ٣٩) وهو قول جمهور المالكية راجع مواهب
الجليل (٤١٩/٥) .

(٢) وبه قال بعض المالكية وهو مذهب الحنابلة . راجع مغني المحتاج (٣٤٤/٢) ، فتح العزيز (٣٥٦/١٢) ،
مواهب الجليل (٤١٩/٥) ، المغني (٥٤٨/٥) .

(٣) أي الصلاة المفروضة . وقد اتفقت كلمة الفقهاء على عدم جواز الاستئجار لأدائها عن صاحبها ، لأن
يفرض منها الاجتناء والاختيار فلا يتحقق بأداء الغير .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [استأجره] .

(٦) قال الشيرازي : يجوز استئجار دار ليتخذها مسجدًا أو يصلي فيها ، وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنها
منفعة تجوز إحارة الدار لها فجاز إحارة الدار لها كالسكنى . قالوا : عمل لا يستحق بمقد الإجارة فلا يجوز

استئجار الدار له كالتأجير . قلنا ليس الثوب لا يستحق على التأجير بمقد الإجارة ، ثم يجوز استئجار الثوب
للبس . راجع الكت وروقة ١٦٨ ، وانتظر المغني لابن قدامة (٥٤٨/٥) .

(٧) نَزَا نَزْوًا وَنَزَوًا بِالضَّمِّ وَتَزَوَّاهُ وَتَزَوَّاهُ وَتَبَّ . القاموس المحيط باب الباء فصل النون (٣٩٧/٤) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [في البقعة] . (٩) من (ص) ساقطة من غيرها .

بمقد الإجارة إذا استأجره ليحفظ داره فجازت الإجارة له ^(١) والصلاة ^(٢) لا تستحق على الإنسان بالإجارة فلا يجوز الاستئجار لها .

١٧٨٦٢ - قالوا : إذا استأجر قميصاً ليلبسه ^(٣) جاز وليس القميص لا يستحق على الإنسان بمقد الإجارة ^(٤) .

١٧٨٦٣ - قلنا : يجوز أن [يستحق] إذا استأجر ثوباً ليلبسه ، أو الثياب ^(٥) [ليحفظها] ^(٦) عليه أو ليعرف مقاديرها .

١٧٨٦٤ - قالوا : منفعة يجوز إجارة العين ^(٧) لها فجاز إيجارتها كالسكنى .

١٧٨٦٥ - قلنا : يبطل بضراب الفحل ^(٨) .

١٧٨٦٦ - قالوا : للمقصود الماء دون الضراب ^(٩) .

١٧٨٦٧ - قلنا : الإجارة تقع على منافع ، وإن كان فيها عين مقصودة كالإجارة على الرضاع والصبيغ .

١٧٨٦٨ - قالوا : إذا استأجر داراً للسكنى استحق الصلاة فيها فجاز لإفراد ذلك بالإجارة .

١٧٨٦٩ - أصله : وضع متاعه فيها .

(١) من (ن) وساقطة من غيرها . (٢) في (ن) : [فالصلاة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ليلبسه] .

(٤) راجع نص الكت السابق في المسألة . وقال ابن المنذر : إذا استأجر الرجل الثوب ليلبسه يوماً إلى الليل بأجرة معلومة فهو جائز ، وكذلك كل ثوب يلبس وكل بساط يسط أو وسادة يتكأ عليها ، ولا أعلم في هذا اختلافاً ، راجع الإشراف (٢٣٨/١) ، تبين الحقائق (٣٣٤/٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستحق] . (٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ص) : [ليحفظها] . (٨) ساقطة من (ن) .

(٩) اختلفت كلمة الفقهاء في إجارة الفحل للضراب فمنه الجمهور وأجاره مالك إذا كانت الأكوام معلومة ولا يجوز لضرابها حتى تحمل ، وللشافعية فيها وجهان ، والخلاف في أخذ الأجرة لا في الضراب ، لأن به النسل . راجع المبسوط (٨٣/١٥) ، (٢١/١٦) ، البدائع (١٧٥/٤) ، المهذب (٥١٧/١) ، بداية المجتهد (١٦٩/٢) ، المنني (٥٤٩/٥) وقد رجح ابن المنذر رأي الجمهور فمنع الأجرة عليه . راجع الإشراف (٢٤٨/١) .

(١٠) في (ن) ، (م) ، (ع) : [المفرد] وهو خطأ . ضرب الفحل ضرباً نكح . راجع انقماروس المحيط باب الباء فصل الصاد (٩٩/١) .

١٧٨٧ - قلنا : ليس كل مستحقٍّ بالعقد جاز أن ينفرد به كبيع الشرب والطريق
ولأنه إذا استأجر للسكنى [فقد ^(١)] استحق نوعاً من المنفعة الصلاة في الدار دونه ،
فجاز أن يستوفي ذلك المنفعة [و ^(٢)] أما إذا [استأجر ^(٣)] للصلاة فلا بد من تعين
ذلك الفعل ، لأنه لا يحوز أن يستوفي لسكنى وهي أكثر من فعل الصلاة ، وإذا تعينت
الصلاة لم يجز أن يتناولها العقد كما لا يجوز استئجار الدار للصوم فيها .

• • •

(٣) في (ن) : [استأجره] .

(١ ، ٢) ساقطة من (م) ، (ع) .



إحارة الدار لمن يتخذها كنيسة أو صومعة

١٧٨٧١ - قال أصحابنا : إذا استأجر الذمي بيتًا في السواد ^(١) ليتخذ صومعة أو كنيسة جاز ^(٢) .

١٧٨٧٢ - وقال الشافعي : لا يجوز ^(٣) .

١٧٨٧٣ والمسألة موضوعة على أنه إذا استأجرها شهرا للسكنى وليصلى الجماعة فيه فتكون الإحارة جائزة ، لأن الصلاة لا تتعين وكان ^(٤) أبو بكر الرازي يقول ^(٥) المسألة محمولة على أنه لم يشترط ^(٦) ذلك لكن علم من حاله أنه يفعل ذلك ، وإنما جاز لأن السواد في ذلك الوقت كان لأهل الذمة فلا [يمنعوا] ^(٧) من اتخاذ الكنائس في أملاكهم فكيف إذا استأجروه ، ولأنه معنى أقرأوا عليه بعقد الإحارة فجاز استحجار الدار له .

١٧٨٧٤ - أصله : إذا اكثروها لذبائهم .

١٧٨٧٥ - احتجوا : بأنه إحارة لمعصية كسائر المعاصي ^(٨) .

١٧٨٧٦ - قلنا : الإحارة ^(٩) إن وقعت للصلاة لم تجز عندنا ، وإنما يستأجره ويعلم من حاله أنه يريد ذلك ، فلا تكون الإحارة للمعصية وعلى قول بعض ^(١٠) أصحابنا إذا استأجرها للسكنى والصلاة فلا تتعين الإحارة للصلاة فكيف يقال إن العقد على معصية .

(١) سواد البلدة قراها . راجع القاموس المحيط باب الدال فصل السين (٣١٥/١) .

(٢) راجع المبسوط (١٣٤/١٥) ، (٣٩/١٦) ، البدائع (١٧٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٣٤/٦) .

(٣) وبه قال المالكية والمخالفة أيضًا . راجع الكت وكرة ١٦٩ ، ومواهب الحليل (٤٢٤/٥) ، للمصنف (٥٥٢/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٨/٢) .

(٤) في (م) ، (ح) : [وقال] . (٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (ع) : [يشترط] . (٧) في (ع) : [يمنع] .

(٨) قال الشيرازي : « إذا أجز بيتا بمن يتخذ بيت نار أو بيع الخمر لم تصح الإحارة . وقال أبو حنيفة : تصح ، قال الرازي المسألة إذا لم يشترط ذلك وإنما علم من حاله أنه يفعل ذلك وقال غيره المسألة إذا استأجر للسكنى والعبادة ، والدليل على فساد ظاهر الرواية أنه فعل لمعصية فلا تصح الإحارة له كسائر المعاصي . قالوا : بالتمتع لا يستحق صل المعصية فصار ذكرها كلا ذكر . قلنا يطل به إذا استأجر دارًا للصلاة فإنه لا يستحق عليه أن يصلى فيها ثم يطل عندئذ . راجع الكت وكرة ١٦٩ .

(٩) زيادة : « و » بعد لفظ الإحارة بجميع النسخ ، ولا معنى لها .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .



إجارة السمسار

- ١٧٨٧٧ - قال أصحابنا : إذا استأجر رجلاً لبيع له ثوباً لم يجز ^(١) .
- ١٧٨٧٨ - وقال الشافعي يجوز ^(٢) .
- ١٧٨٧٩ - لنا : أن العقد يتناول منفعة عين لا يمكنه إيفائها بنفسه ، فوجب أن لا يصح العقد ^(٣) .
- ١٧٨٨٠ - أصله : إذا استأجر فحلاً للضراب .
- ١٧٨٨١ - [ولا يلزم] ^(٤) إذا استأجره لحمل [له] ^(٥) خشبة لا يقدر الواحد على حملها ؛ لأن العقد لم يتناول منفعة المستأجر ولو قال على أن تحملها بنفسك بطل العقد ، وإنما يقع العقد على عمل مطلق ^(٦) .
- ١٧٨٨٢ - وفي مسألتنا وقع على عمله ؛ لأنه لا يجوز أن يوكل غيره بالشراء ، وهو لا يقدر على إيفاء العقود عليه بنفسه .
- ١٧٨٨٣ - فإن قيل : إجارة الفحل تجوز عند ابن أبي هريرة ^(٧) .
- ١٧٨٨٤ - قلنا : الإجماع يسقط قوله ^(٨) . وَقَدْ ذَلَّ عَلَيْهِ تَهْيُئُ عَلَيْهِ عَنِ
- (١) راجع المبسوط (١١٥/١٥) ، البدائع (١٨٤/٤) .
- (٢) وبه قال للمالكية أيضاً . راجع مغني المحتاج (٣٣٥/٢) ، والنكت ورقة ١٦٨ ، والإشراف لابن المنذر (٢٤٠/١) ، مواهب الجليل (٤٠٦/٥) .
- (٣) وإنما لا يمكن السمسار ما إيفاء المنفعة بنفسه ؛ لأن البيع لا يتم إلا بفعل المشتري وقبوله . قال في المبسوط : وإذا دفع الرجل إلى سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا لي بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد ؛ لأنه استأجره لعمل محمول بالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات ثم استأجره على عمل لا يقدر على إقامته بنفسه فإن الشراء لا يتم ما لم يساعده البائع على البيع . راجع المبسوط (١١٥/١٥) .
- (٤) في (م) ، (ع) : [يلزمه] .
- (٥) في (م) ، (ع) : [عليه] .
- (٦) وهو حمل الخشبة وإنما كان العقد غير واقع على منفعة المستأجر نفسه ؛ لأنه لا يستطيع حملها ، ولذا فهو يستعين على حملها بغيره .
- (٧) علي بن أبي هريرة وقد سبقت ترجمته . وقد سبق القول بأن للشافعية في إجارة الفحل وجهين . راجع المذهب (٥١٧/١) .
- (٨) منع إجارة الفحل هو رأى جمهور الفقهاء كما سبق ، إلا أنه لا يصل إلى درجة الإجماع لأنه روى =

عَسِبَ^(١) الْفُعْلُ^(٢) ، ومعلوم أن النهي لم يتناول الفعل^(٣) وإنما يتناول العقد عليه ، ولأنه استتجار على عقد فكان فاسداً .

١٧٨٨٥ - أصله : إذا استأجره^(٤) لبيع زيت نجس^(٥) .

١٧٨٨٦ - ولأنه قول^(٦) يقتصر إلى قول غيره فلم يصح الاستتجار عليه . أصله : إذا استأجر رجلاً ليشهد له بحق^(٧) أو استأجر من يتاع له صيداً من الهواء .

= الترخيص فيه أيضاً عن المحس وابن سيرين ومالك إن كانت الأكوام مملوكة ، وعن عطاء إن لم يجد الرجل من يطرق له بغير أجر . وبهذا يكون الخلاف مستقراً واستقرار الخلاف لا يحصل الإجماع على قول من الأقوال اختلف فيها لأن الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد جميعاً . راجع الإشراف لابن المنذر (٢٢٧/١) .

(١) عسب الفعل انتهى عنه هو كراه ضرابه وقيل المسب الضراب وقيل : المسب ماء الفحل فرساً كان أو بغيراً . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل العين (١٠٨/١) ، تهذيب المعاليع لترغيب المطالع لابن الخطيب الدهشة (عسب) ص ١٥٣ تحقيق ناصر محمد أبو زيد .

(٢) الحديث صحيح أخرجه الجماعة ، وهو يروى من طرق عدة ، فمن حديث ابن عمر أخرجه البخاري كتاب الإجارة باب عسب الفحل (١٢٣/٣) ، مسلم المساقاة باب تحريم بيع فضل الماء (١١٩٧/٣) ، الترمذى باب ما جاء في كراهية عسب الفحل (٥٧٢/٢) رقم ١٢٧٣ والنسائي باب بيع ضرب الفحل (٣١٠/٧) أبو داود كتاب البيوع باب عسب الفحل (٧١١/٣ ، ٧١٢) حديث رقم ٣٤٢٩ ، والبيهقي باب النهي عن عسب الفحل (٣٣٩/٥) ومن حديث أبي هريرة أخرجه الدارمي باب النهي عن عسب الفحل (٢٧٢/٢) وابن ماجه ضمن حديث طويل السنن باب النهي عن ثمن الكلب ومهر التفي ... إلخ (٧٣١/٢) رقم ٢٠٦٠ ، وأحمد في المسند (١٤/٢) ومن حديث أبي سعيد الخدري أخرجه الدارقطني (٤٧/٣) رقم ١٩٥ ، وانظره في ابن أبي شيبة (١٤٥/٨) رقم ٢٦٨٢ ، تلخيص الحبير (٦٠/٣) .

(٣) أي الضراب .

(٤) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(٥) أرى أن هناك farkاً بين الإجارة لبيع ثوب والإجارة على بيع ريت نجس العلة في منع الإجارة على بيع الریت النجس هو عدم جواز بيع الریت النجس نفسه فامتنت الإجارة عليه فهو كالإجارة على بيع آخر ، وهو يحمل عليه الإجارة على بيع الثوب من جهة أن الشفعة ذاتها غير مشروعة ؛ فالاشتراك بين البيع والإجارة في أن محل العقد غير مشروع ، فيما يراه أصحاب هذا الرأي .

(٦) أي الإيجاب الذي يحدث من البائع وهو ما وقعت عليه الإجارة يحتاج إلى قبول المشتري .

(٧) إذا تمتعت الشهادة على الشخص فإنه لا يجوز له شرعاً طلب الأجرة عليها ؛ لأنها حيزه عرض عين عليه ولا يصح أخذ أجرة في مقابل أداء الواجب العيني كالصلاة فإذا لم يمتنع الشخص على الشخص بأن كانت على الكفاية فهناك خلاف في أخذ الأجرة على وجهين . أحدهما : يجوز لأنها غير متصية عليه ؛ لأن كل من لم يمتنع على الإنسان إذا طلب منه فله جاز له أن يأخذ في مقابلته أجراً كما يجوز ذلك بلا خلاف للكاتب الذي يكتب رقيقة بحق ، والشهادة عند عدم نصيها كالوثيقة التي يبر بها الحق . والثاني : لا يجوز أخذ الأجرة على الشهادة مطلقاً لأن الأجرة تلحق بالشاهد ، واشترط في صحة الشهادة العدالة ، والبدع عن

١٧٨٨٧ - احتجوا : بأنها منفعة يجوز العقد عليها [إذا] ^(١) كانت مقدرة بزمان فجاز العقد عليها إذا كانت معلومة مقدورا على تسليمها ^(٢) .

١٧٨٨٨ - قلنا : يبطل إذا استأجره ليصيد له طيئا أو طائرا .

١٧٨٨٩ - فإن قالوا : ذلك لا يقدر على تسليمه ^(٣) .

١٧٨٩٠ - قلنا : قد يتمكن من تسليمه ، وقد يتعذر ، كما أنه إذا استأجره لبياع له ثوبا بعينه فقد يقدر على ذلك وقد يتعذر عليه أن يمتنع بئانه من بيعه ، ولأنه قد تجوز الإجارة إذا تقدرت بزمان ، ولو ^(٤) لم يقدرها لم تجز الإجارة .

١٧٨٩١ - فإن قيل : إذا أطلق المنفعة لم تكن معلومة .

١٧٨٩٢ - قلنا : لا فرق بين مسألتنا وبين هذا ، لأنه إذا استأجر دارا لبيع فيها هذه ^(٥) الثياب لم يجوز ؛ لأن المنفعة لا تنحصر بزمان معلوم كما أن المستأجر على أن [يبيع] ^(٦) هذه الثياب لا تنحصر منفعته بزمان معلوم ، ولكنه يتعلق بالفراغ من العقد ، وفي استئجار الدار لبيع الثياب فيها مثل ذلك .

= المهمة ، راجع نظرية الدعوى والإثبات للدكتور نصر فريد واصل من ٥١ الناشر دار النهضة العربية .
(١) بجميع النسخ « فإذا » والصواب ما أثبت . قال في المبسوط « وإن استأجره يوما إلى الليل بأجر معلوم لبيع له أو ليشترى له فهذا جائز ؛ لأن العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والأجر قادر على إبقاء المقود عليه ، ألا ترى أنه لو سلم نفسه في جميع اليوم استوجب الأجر وإن لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الأول فالمقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الأجر بتسليم النفس إذا لم يعمل به » . المبسوط (١١٥/١٥) .
(٢) انظر نص الشيرازي الآتي في المسألة .

(٣) قال الشيرازي : « يجوز الاستئجار لبيع ثوب وشراء ثوب . وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنها منفعة يجوز عقد الإجارة عليها إذا قدرت بزمان فجاز عقد الإجارة عليها إذا كانت معلومة مقدورا على تسليمها كالحياطة والبناء ، ولا يلزم منفعة العقار ؛ لأنها لا تكون معلومة إلا بالزمان قالوا العقد تناول منفعة بعينه وهو لا يقدر على تسليم ذلك لأنه يقتصر إلى غيره فصار كاستئجار الفحل للضراب والاستئجار على حمل خشبة ثقيلة بنفسه وحيد طائر بعينه قلنا لا نسلم بل يقدر من طريق العادة ويحد من يساعده على البيع والشراء فصار كما لو استأجر على نقل حجر البزائين فإنه يصح ؛ لأنه يحضر من ينقله بخلاف الطائر والخشبة الثقيلة فإنه لا يقدر عليه بنفسه وأما استئجار الفحل فإنه يجوز في قول أبي علي ابن أبي هريرة . وإن سقم فلاش القصد من ذلك عين المتي وذلك لا قيمة له » التكت ورقة ١٦٨ .

(٤) ، (٥) ، ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (د) ، (م) ، (ع) : [يمتنع] وهو خطأ ، ولنظ « من » مثبت بجميع النسخ بعد « يبيع » ، وهي رائدة .



الإجارة على تعليم القرآن

١٧٨٩٣ - قال أصحابنا : لا يجوز الاستعجار على تعليم القرآن ولا تعليم شيء من الأشياء ولا على الإمامة ^(١) .

١٧٨٩٤ - وقال الشافعي تجوز الإجارة ^(٢) .

١٧٨٩٥ - لنا حديث عبد الرحمن بن شبل ^(٣) الأنصاري . أن النبي ﷺ قال : « افترعوا القرآن ولا تغفلوا فيه ^(٤) ولا تأكلوا به ولا تستكثروا ^(٥) به » وروى أنه نهى « أن يتشاكل الوجبل بالقرآن » ^(٦) .

(١) مذهب الحنابلة يوافق الأحناف في هذه المسألة . راجع البدائع (١٩١/٤) ، تكملة فتح القدير (٢٤٠/٨) ، المبوط (٣٧/١٦) ، المعني (٥٥٥/٥) .

(٢) وهو مذهب المالكية أيضاً . راجع فتح العزيز (٢٨٥/١٢ ، ٢٢٨) ، المهذب (٥٢٢/١) ، والنكت ورقة ١٦٨ وبداية المجتهد (١٦٨/٢) وانظر المسألة في الإشراف (٢١٧/١ ، ٢١٨) .

(٣) في جميع النسخ « يسار » وهو خطأ وما أثبتناه من كتب الحديث المذكورة بعد ، وليس لعبد الرحمن بن يسار رواية لهذا الحديث . وعبد الرحمن بن شبل هو عبد الرحمن بن شبل بكسر الشين وسكون اللوحدة بن عمرو بن زيد الأنصاري أحد فقهاء المدني زهبل حمص روي عن النبي ﷺ وعنه تميم بن محمود وأبو راشد الحبراني ويزيد بن خصم وأبو سلام مات في زمن معاوية . راجع . التهذيب (١٩٣/٦) ، التقريب (٤٨٣/١) ، الإصابة (٣١٣/٤) والاستيعاب (٤٥٦/٣) . أما عبد الرحمن بن يسار فهو أخو الحباب بن سعيد بن يسار يكنى أبا مزرد ت سنة ٨٢ هـ . راجع التهذيب (٢٢٣/١٢) ، (٢٦٠/٦) ، والتقريب (٤٩٦/٢) ، والتاريخ الكبير (٣٦٨/٥) .

(٤) في (ح) ، (م) ، (ع) : [ولا تستكثروا] ، وفي (ن) غير منقوطة والصواب ما أثبتناه .

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٤٢٨/٣) . قال في مجمع الزوائد رجال أحمد ثقات راجع مجمع الرواة (١٦٨/٧) . وراجع مصنف ابن أبي شيبة (٤٠١/٢) ، نصب الرأية للزيلعي (١٣٦ ، ١٣٥/٤) قال الشوكاني بهذا أن ذكر جملة أحاديث منها حديث عبد الرحمن بن شبل « وقد استدل بأحاديث الباب من قال لا تحمل الأجرة على تعليم القرآن وهو أحمد ابن حنبل وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وبه قال عطاء والضحاك بن قيس والزهري وإسحاق بن شقيق وظاهره عدم الفرق بين أخذها على تعليم الكبير لأجل وجوب تعليمه القدر الواجب وهو غير متعين ، ولا يجرم على تعليم الصغير لعدم الوجوب عليه ، وذهب الجمهور إلى أنها تحمل الأجرة على تعليم القرآن وأجابوا عن أحاديث الباب بأجوبة منها ... أن حديث عبد الرحمن بن شبل أحسن من محل النزاع ، لأن المنع من الأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه للمعلم بطيئة من نفسه . راجع تل الأوطار (٢٨٨/٥) وسوف تأتي مناقشة الشيرازي للاستدلال بهذا الحديث .

١٧٨٩٦ - و^(١) لأن العقد [وقع^(٢)] على عمل لا يقدر على إيفائه ، فوجب أن لا يحوز ، كما لو^(٣) استأجره ليحمل هذه الخشبة [وحده^(٤)] وهو لا يقدر على حملها^(٥) .
١٧٨٩٧ - ولأنها إحارة على التعليم ، كما لو استأجره على تعليم كل سورة بدرهم ولأن الإمامة من شرطها أن تكون قرينة لفاعلها يصح أخذ الأجرة عليها كالصوم^(٦) ، وكما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة والظهر .

١٧٨٩٨ - احتجوا : بأن ما جاز التطوع به جاز أخذ^(٧) الأجرة عليه كسائر الأعمال^(٨) .

١٧٨٩٩ - قلنا : يطل بضراب الفحل وباصطياد طير بعينه^(٩) .

(١) ساقط من (ن) .

(٢ ، ٣) سائلة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [هذه] وهو خطأ .

(٥) وجه الشبه بين التعليم وحمل الخشبة الثقيلة أن التعليم لا يتم إلا بمساعدة المعلم وكذا الخشبة لا يمكن حملها إلا بمساعدة الغير وقد سبق جواب الشافعية عن مثل هذا الاعتراض ويأتي في نص الشيرازي .

(٦) نرى أن هالك فرقاً بين الصوم والإمامة ، حيث إن الصوم فرض عين لا يصح الإنابة فيه ، خلافاً للإمامة فقد تضمن كما تجوز الإنابة فيها فاخترا .

(٧) من (ص) وساقطة من غيرها .

(٨) قال الشيرازي : « يجوز الاستئجار على التعليم . وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنه منعمة يجوز التطوع بها ، فجاز عقد الإجارة عليها كسائر المنافع . فإن استجوا بقوله ﷺ « أقرأوا القرآن ولأقولوا فيه ولا تأكلوا به » . قلنا : نحمله على هيئ الكراهة . ثم يعارضه قوله ﷺ « إِنْ أَخَذَ مَا أَحَدُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كَتَابَ اللَّهِ » قالوا روي أن أئمة أخذ قوتاً على القرآن فقال له النبي ﷺ . « أَتَحِبُّ أَنْ يَقْرَأَ اللَّهُ بِقُرْآنٍ مِنْ نَارٍ » ؟ قلنا : لعله أخذ في موضع تعين عليه أو أخذ قوتاً

فيه عاج . قالوا : عمل لا يقدر على إيفائه فهو كما لو استأجره على حمل خشبة ثقيلة . قلنا : يقدر عليه من طريق العادة . قالوا : تعليم ائمة قرينة فأشبه الصلاة والصوم . قلنا : ذلك لا تعود منفعة إلى الموقوف له فهو كالاستئجار على

خيالة قبيص الأجير ، وهذا تعود منفعة إليه ، فهو كالاستئجار على خيالة قبيصه . راجع التكت ورقة ١٦٨ ، ضح العزيز (٢٨٥/١٢) ، وبداية المجتهد (١٦٨/٢) ، وقال ابن المنذر بعد أن ذكر المذاهب في المسألة على النحو السابق والقول الأول « قول الشافعية ومن معهم » أصبح لأن النبي ﷺ لما جاز أن يأخذ الرجل على تعليم القرآن عوضاً في باب الكساح ويقوم ذلك مقام المهر جاز أن يأخذ الرجل على تعليم القرآن الأجر أبو حنيفة يجيز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يكتب له نوحاً أو شمرأ أو غشاء معلوماً بأجر مسمى « البدائع (١٨٩ / ٤) » . فيجوز الإجارة على

معبية ويطلبها فيما هو طاعة وما قد دلت السنة على جوازها ؟ راجع الإشراف لابن المنذر (٢١٨/١) .

(٩) نصبت المصنف بذلك نقض العلة التي احتج بها الشافعية وهو أن ما جازت إعارته جازت إحارته . وذلك بأن الفعل يجوز إعارته ولا تجوز الإحارة لضربه وكذا الطير لا تجوز الإجارة على صيده . وقد سبق القول في ضرب الفحل وأنه محل خلاف بين العلماء بين مجيز ومانع ، ومن ثم فلا يحتاج به وبخاصة على الشافعية لأن منهم من قال : يجوز الإجارة في إحارة الفحل وكذلك فإن المانع منهم لإجارة الفحل عللوا ذلك بأن المقعد يقع على عين وهو الماء وذلك شيء لا قيمة له وعلى ذلك فليس لجواز الإجارة وعندها دخل في إحارة الفحل عندهم . وكذلك الإجارة على صيد طير معين لا علاقة له بجواز الإجارة وعندها بل لأن الطير لا يجوز يمه قبل القدرة عليه لعدم القدرة على التسليم ومن ثم انتضت الإجارة على صيده .



موجب الأجرة في الإجارة الفاسدة

١٧٩٠٠ - قال أصحابنا : لا تجب الأجرة في الإجارة الفاسدة ^(١) إلا باستيفاء المنفعة ^(٢).

١٧٩٠١ - وقال الشافعي : في كتاب المزارعة [إذا مضت المدة ^(٣)] والعين في يد المستأجر لزمه الأجرة ، انتفع بها أو لم ينتفع ^(٤).

١٧٩٠٢ - لنا : أنه عقد يقصد به المنفعة ، فلا يجب البذل [في فاسده إلا باستيفاء المنفعة كالتكاح ، ولأنه عقد لا يستحق به تسليم العقود عليه فلا يجب البذل ^(٥)] فيه إلا باستيفائه . أصده التكاح ، وإذا قال : من جاء عبدي الآتي فله أربعون ^(٦).

١٧٩٠٣ - فإن قيل منافع البضغ غير مقدرة بالزمان ، ولهذا يجوز العقد عليها مطلقاً ولا يجوز مؤقتاً ، ومنافع الإجارة مؤقتة بالزمان ، ولهذا لا يجوز العقد عليها مطلقاً فما يتقدر بالزمان يتلف في يد العاقد بمضيه فيضمن وما لا [يتقدر ^(٧)] لا يتلف تحت يده بمضي الزمان [فلا يضمن ^(٨)] .

(١) سبق القول بأن الإجارة من العقود التي فرق فيها الأحناف بين الفاسد والباطل ، وعلى ذلك فالباطل منها ما رجع الحلل فيه إلى ركن من أركان العقد ، والفاسد ما احتل فيه شرط من شروط الصحة . قال ابن نجيم : وأما في الإجارة فنيان - العاسد ، والباطل - ، قالوا لا يجب الأجر في الباطلة كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك وحجب أجر المثل في الفاسدة » راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧) ، والإجارة الفاسدة كُنْ لا يذكر الأجر في عقد الإجارة أو يشترط فيها شرطاً لا يقتضيه العقد كأل يؤجر الدار ثم يشترط المزجر أن يسكنها شهراً ثم يسلمها إلى المستأجر ونحوه وكذا إذا كان الأجر عمراً ونحوه فإن كان مائة فيأطنة . (٢) راجع بدائع الصالح (١٩٥/٤) ، تبين الحقائق (١٢١/٥) ويرأي الأحناف قال أحمد في رواية . راجع للمنفى (٤٤٦/٥) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) راجع الأم (٢٤٤/٣) وبه قال أحمد في رواية . للمنفى (٤٤٦/٥) . (٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) قصد المصنف بذلك أن الأجرة في الإجارة الفاسدة لا تملك إلا باستيفاء المنفعة كما لا يملك المهر في النكاح العاسد إلا بالدخول ، وفي الإجارة على رد العبد إلا بالهبة به . قال في البدائع » وفي النكاح العاسد يجب للمهر لكن لا بنسب العقد بل بواسطة الدخول .

(٧) في (م) ، (ع) : [يتقدر] . (٨) ساقط من (م) ، (ع) .

١٧٩٠٤ - قلنا : إنما لا تقدر منافع البضع بالزمان لأنه متأبد ، فهو عقد على كل الزمان فإذا مضى جزء من الزمان والبضع تحت يده فقد تلفت تحت يده المنفعة التي كان يجب البدل باستيفائها ، كما أن منافع الأعضاء تلفت تحت يد المستأجر عندهم ، فيجب بدلها الذي كان يجب باستيفائها .

١٧٩٠٥ - قالوا : منافع البضع لا تثبت اليد عليها ، بدلالة أن المولى يزوج المفضوبة .
١٧٩٠٦ - قلنا : ثبوت يد الزوج على منفعة البضع كثبوت يده على منفعة [الحر]^(١) إذا سلم نفسه ولا فرق بينهما .

١٧٩٠٧ - [فإن قيل]^(٢) منافع البضع تحت يد المرأة .

١٧٩٠٨ - قلنا : ومنافع الحر تحت يده ، فأما جواز نكاح المفضوبة فليس لما قالوا [و]^(٣) لكن لأن العقد لا يقف على إمكان التسليم .

١٧٩٠٩ - قالوا : الإجارة فرع متردد بين^(٤) البيع والنكاح و فكان اعتباره بالبيع أولى ؛ لأنه يوافقه في شرائطه وجواز بدله وإباحته ولا يتنصف بدله برفع العقد ولا يستقر بالموت .

١٧٩١٠ - قلنا : اعتبار المنفعة بعقود الأعيان ؛ لأن رد الشيء إلى جنسه^(٥) [أولى من رده إلى غير جنسه^(٦)] .

١٧٩١١ - فأما افتراق النكاح والإجارة في امتناع الإباحة وكذلك الإجارة قد^(٧) فارتق البيع في جوازها على ما لم^(٨) يحل^(٩) وفي افتقارها إلى التوقيت^(١٠) وامتناع

(١) في (م) ، (ع) : [الحق] .

(٢) في (ن) : [فإن قالوا] .

(٣) ساقط من (ن) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) أي رد الإجارة إلى النكاح أولى من ردها إلى البيع وذلك ؛ لأن النكاح يقع على منافع البضع وكذا العقد

في الإجارة يقع على المنفعة لا على العين خلافاً للبيع فإنه يقع على العين .

(٦) في (ن) : [وقد] .

(٧) في (ص) ، (م) : [يخلوا] وربما كان صوابها يحل ؛ لأن إجارة المشغول لا تجوز ؛ لأنه لا يمكن

الانتفاع بها . ويكون المراد أن الإجارة تجوز على ما لم يحل يخلق وهو المنفعة ؛ لأنها غير موجودة حين العقد

وإنما توجد بعد ذلك .

(٨) يشترط في الإجارة بيان مدتها كما سبق فإن أجز إجارة مطلقة من غير بيان مدة فلا تجوز ، خلافاً للبيع

ولا يفتقر إلى التوقيت بل لو وجد فيه لأفسده ؛ لأن البيع يقتضي التملك المطلق خلافاً للإجارة فإنها تنقذ

ذلك في البيع فأما استقرار المهر بالموت وتنصفه بالطلاق قبل الدخول على تأكده ^(١) ثم مع ^(٢) هذا التأكيد لم يجب بدل في العقد الفاسد بالتخلية فالإجارة أولى .

١٧٩١٢ - احتجوا : بأنها منفعة تلفت في يده بإجارة فاسدة فوجب أن تكون مضمونة [عليه ^(٣)] .

١٧٩١٣ - أصله : إذا انتفع ^(٤) بها فقد استوفى المنفعة بحكم العقد الفاسد وإذا لم ينتفع لم يستوفها فلم يجب بدلها مع الفساد .

١٧٩١٤ - أصله : النكاح الفاسد . ولأنه لو استأجر خياطاً يخطط له ثوباً بإجارة فاسدة ضمن الأجرة إذا استوفى المنفعة . ولو حبسه تلفت المنفعة تحت يده ولم ^(٥) يضمنها .

١٧٩١٥ - قالوا : كل منفعة وجب ضمانها إذا انتفع بها وجب ضمانها [إذا تلفت في يده ^(٦)] .

١٧٩١٦ - ولم ينتفع ^(٧) . أصله الإجارة الصحيحة ^(٨) .

= الملك المقيد بوقت تعود بعده المنافع إلى المؤجر .

(١) أي تأكد تنصف المهر بالطلاق ، وذلك يكون عند الأحناف إذا تم الطلاق قبل الدخول ولم تسبق خلوة صحيحة . فإن سبقت خلوة وحب الصداق كاملاً ، قال في البدائع « التأكد بالخلوة مذهبنا وقال الشافعي : لا يتأكد المهر بالخلوة حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ، ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية بجب عليه كمال مهر المثل عندنا ، وعنده بجب عليه المهر .. وأما التأكد بموت أحد الزوجين فقول : لا خلاف في أن أحد الزوجين إذا مات حنف أنه قبل الدخول في نكاح فيه تسمية أنه يتأكد للمسي سواء أكانت المرأة حرة أم أمة ، لأن المهر كان واجبا بالعقد والعقد لم يفسخ بالموت بل انتهى » . البدائع (٢٩١/٢ ، ٢٩٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مع] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلم] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) راجع الأم (٢٤٤/٣) ، المنفي للموضع السابق .

(٨) يرجع رأي الشافعية في هذه المسألة إلى القاعدة المشهورة التي تقول فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه بمعنى أن العقد الصحيح إذا كان يجب به الضمان في المعقود عليه فكذلك إذا فسد هذا العقد . قال السيوطي « قال الأصحاب كل عقد اتصى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ، وما لا يتنصى صحيحه الضمان فكذلك فاسده . أما الأول فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاقد أولى وأما الثاني فلأن إثبات الدية على ياد المالك ولم يلزم المقدم ضماناً » . راجع الأشياء والظواهر للسيوطي ص (١٧٦) . وإن كانت هذه القاعدة مشهورة بين الأصوليين إلا أنه يمكن القول بعدم إطلاقتها عند الشافعية ، فقد استثنى =

١٧٩١٧ - قلنا : الإجارة الصحيحة أوجبت [التسليم] ^(١) فإذا تلفت المنافع في يده فقد / وجد التسليم الذي أوجبه العقد فوجب البذل والعقد الفاسد لا يوجب التسليم [فلم يوجد التسليم ^(٢)] الموجب بالعقد ولا استيفاء المقود عليه فلم يضمن البذل كالنكاح .

١٧٩١٨ - قالوا : تلف في يده عن عقد معاوضة فوجب أن يكون مضموناً عليه .

١٧٩١٩ - أصله : إذا تلف المبيع عن عقد صحيح [ولأن ما ^(٣)] ضمنه إذا تلف في يده [عن عقد صحيح ضمنه إذا تلف في يده ^(٤)] عن عقد فاسد . أصله البيع .

١٧٩٢٠ - قلنا : يبطل بالنكاح الفاسد إذا وجدت التخلية على ما قررناه أن المنافع تلفت في يده ، ولأنه لا فرق بين البيع والإجارة لأن البيع الصحيح يضمن المبيع بالتخلية وإن لم يستوفه المبتاع وكذلك يضمن المنافع في الإجارة الصحيحة والنكاح الصحيح . والبيع الفاسد لا يدخل في ضمان المشتري بالتخلية لأن ضمانه عندنا كضمان المفضوب وإنما يضمن بالقبض الذي هو استيفاء المقود عليه ، كذلك المنافع في الإجارة الفاسدة لا تضمن إلا ^(٥) بالاستيفاء ولأنها تضمن بالتخلية ، وكذلك النكاح الفاسد .

السيوطي بعض العقود التي يخالف فاسدها صحيحها . قال « واستثنى من الأول (كل عقد إتقضى صحيحه الصمان ..) مسائل الأولى » إذا قال قرضتلك على أن الربح كله لي الصحيح أنه فراض فاسد ، ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة عبي الصحيح « الثانية » إذا ساقاه على أن الثمرة كلها له فهي كالقراض « الثالثة » ساقاه على أن يخرسه ويكون الشجر بينهما . فسد ولا أجرة « الرابعة » إذا حدث عقد الذمة من غير الإلم لم يصح على الصحيح ولا جزية فيه على الذي على الأصح « الخامسة » إذا استأجر المسلم للجهاد لم يصح ولا شيء « السادس » إذا استأجر أبو الطفل أمته لإرضاعه وقلنا لا يجوز فلا تستحق أجرة المثل في الأصح ... الخ . ثم استثنى من النوع الثاني وهو « ما لا يقتضي صحيحه الضمان ... مسائل منها : « الأولى الشركة فإنها إذا صحت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه مضموناً عليه ، وإذا فسدت يكون مضموناً بأجرة الشئ . « الثانية » إذا صدر الرهن والإجارة من الغاصب قلقت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضميه على الصحيح مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة . « الثالثة » لا ضمان في صحيح الهبة وفي المقروض بالهبة الفاسدة وجه أنه يضمن ... الخ الصور المستثناة « راجع الأشياء والنظائر للسيوطي ص (١٧٦) .

وما سبق تبين أن استثناء قاعدة الضمان في الصحيح والفاسد يدخل الإجارة أيضاً .

(١) في (م) ، (ع) : [الضمان] .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ساقط من (ن) .



مقدار الأجرة في الإجارة الفاسدة

١٧٩٢١ - قال أصحابنا : الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من المسمى ومن أجر المثل ^(١) .

١٧٩٢٢ - وقال الشافعي الواجب أحر المثل بالغًا ما بلغ ^(٢) .

١٧٩٢٣ - لنا : أنه عقد على المنفعة ببدل ، فجاز أن تثبت للتسمية فيه حكم فلا يزداد على قيمة المسمى . أصله العقد الصحيح ^(٣) .

١٧٩٢٤ - ولا يلزم إذا استأجره بمئة أو دم أنه يجب أجر المثل ^(٤) ، لأننا عللنا للعقد لا لأحواله ، وعلى العبارة الثانية قلنا : فلا يزداد على قيمة المسمى وهناك لا قيمة للمسمى ^(٥) .

١٧٩٢٥ - ولا يلزم إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم ، لأنه [قد ثبت للتسمية حكم ^(٦)] لأنه لا ينقص من نصف . وقد ^(٧) روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه إن خاط في الثاني لم يزد على نصف ^(٨) وهو الصحيح .

١٧٩٢٦ - ولأنه بدل عن منفعة فلا يزداد على ما رضي به ^(٩) . أصله إذا استأجره لبيع له ثوبًا فباعه . ولا يلزم المحجور إذا أجر نفسه ؛ لأنه لا يزداد على المسمى .

(١) راجع البدائع (١٩٠/٤ ، ٢١٨) ، تبين الحقائق (١٢١/٥) ، البحر الرائق (٣٤٠/٧) .

(٢) هو قول زفر من الأحناف والمالكية والحنابلة . راجع . البدائع الموضع السابق ، تكمله فتح القدير (٢٤/٨) ، نهاية المحتاج (٣٢٧/٥) ، البحر في المحطوب (٧٧/٣) ، حاشية الصوفي (١٣/٢) ، والمفني (٤٤٦/٥) .

(٣) مبني أيضًا على قاعدة قاسد كل عقد كصحيحه ... السابق ذكرها .

(٤) الفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة أن هذه الصورة حكم العقد فيها البطال وليس الفساد ؛ لأنه سبق القول بأن العوض إن كان دماً أو عذرة أو مينة ونحو ذلك مما هو ليس مالاً عند أحد وإن العقد يكون حكمه البطال ، فما كانت الأجرة هماً مينة أو دماً كان حكم العقد هنا البطال وكان التسمية لم تكن ملزم الرجوع إلى أجر المثل . خلافاً للفساد لأنه يمكن تصحيح العقد فيه بتعديل التسمية .

(٥) في حالة تسمية الدم أو المينة . (٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فقد] . (٨) راجع البدائع (١٨٦/٤) .

(٩) إذا كان كذلك فيجب أيضاً أن لا ينقص عما رضي به وقد يكون أجر المثل أقل مما رضى به وهو المسمى .

١٧٩٢٧ - ولأن البذل في الإجارة تارة يكون المسمى ^(١) وتارة يكون أحر المثل ^(٢) ثم جاز أن يرد المسمى إلى أجر المثل وتسقط ^(٣) الزيادة ^(٤) إذا استأجر المريض بأكثر من أجر المثل أو باعه [وعليه دين . كذلك أجر المثل جاز أن يرد إلى المسمى وتسقط الزيادة عليه .

١٧٩٢٨ - احتجوا : بأنه يضمن البذل المسمى في العقد الصحيح فوجب أن يضمن بجميع المثل ^(٥) [أصله الأعيان ^(٦) .

١٧٩٢٩ - قلنا : العقد الصحيح أقوى ، لأنه موجب للبذل ، والفاسد أضعف ، لأنه لا يوجب البذل بنفسه ، فلا يقال لما وجب جميع البذل بأقوى العقدين وجب بمثله بحكم أضعفهما .

١٧٩٣٠ - ولأن الأعيان مقومة بأنفسها والمنافع لا تقوم عندنا بنفسها ^(٧) بكل حال وعندهم في الزانية المطاوعة ^(٨) وإذا لم تقوم المنفعة بنفسها ^(٩) وجب الرجوع إلى ما قومها العقد وسقط ما زاد عليه .

(١) وذلك في الإجارة الصحيحة .

(٢) كذا بالنسخ ولعلها : [تسقط] .

(٣) ما سقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [نفسها] .

(٥) الرأية المطاوعة عندهم لا تستحق مهراً ، قال في المهذب : فإن طاعته على الزنا بطرت : فإن كانت حرة لم يجب لها المهر ، لما روى أبو مسعود البصري رحمه الله « أَنَّ الشَّيْخَ بْنَ عَمْرِو بْنِ دَاوُدَ قَالَ : قَالَ : جَبَّ ، لِأَنَّ الْمَهْرَ أَلْكَاهُ » وإن كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ومن أصحابنا من قال : يجب ، لأن المهر حق للسيد فلم يسقط بإذنها كإرضاء الجانية . راجع المهذب (٨٠/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [نفسها] .



انقضاء مدة الإجارة وفي الأرض غرس أو بناء

١٧٩٣١ - قال أصحابنا : إذا أجر أرضه للغراس ^(١) والبناء فانقضت المدة وميها غرس [أو] ^(٢) [بناء فله أن يجيره على قلعه ^(٣) .

١٧٩٣٢ - وقال الشافعي : إن كان شرط في العقد قلعه بعد انقضاء المدة فله المطالبة بالقلع ، وإن أطلق العقد فالزوج بالخيار إن شاء طالبه بالقلع ^(٤) وضمن له النقصان الذي يحصل بالقلع ، وإن شاء أعطاه القيمة ^(٥) وملك الغرس وإن شاء ^(٦) تركه بأجر المثل ^(٧) .

١٧٩٣٣ - لنا : قوله ﷺ : « لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ » ^(٨)

(١) غرس الشجر بعمره . أتيت في الأرض القاموس المحيط باب السين فصل الغين (٢٤٣/٢) . ويجدر الإشارة إلى أن الخلاف في هذه المسألة في الغرس والبناء فقط ولا يدخل فيه الزرع ؛ لأنهم متفقون على مراعاة الضرر العائد من جراء قلعه ؛ لأن الزرع إن حلَّ أجل الإجارة ولم ينضج بعد فإنه يحتاج إلى زس قصير لا يعود به كثير ضرر على صاحب الأرض فتضى في يد المستأجر بأجر المثل . أما الغرس والبناء فلا غاية له ينتهي إليها وإن كان فهي بعيدة مما يعظم به الضرر العائد على صاحب الأرض فقارح الغرس والبناء الزرع وس هذا الوجه ، ولذا اختلفوا في حكمهما خلافاً للزرع . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) راجع البدائع (٢٠٠/٤ ، ٢٢٣) ، مجمع الأنهر (٣٧٦/٢) ، تبين الحقائق (١١٤/٥) ، اللباب (٩٠/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣٣/٦) ، وبه قال المالكية راجع حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٤٧/٢) .

(٤) في (م) ، (ح) : [المقد] . (٥) في (ن) : [العين] وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ح) : [كان] وهو خطأ .

(٧) يميل قول الشافعية قال الحنابلة . راجع للمذهب (٥٢٩/١) ، والمصنوع (٤٩٠/٥) وفي مختصر المزني بعد أن ذكر رأي الشافعي السابق قال المزني القياس عدي وبالله التوفيق أنه إذا أجل له أحلاً فغرس فيه فاقضى الأجل وأذن له البناء في عرصه له سنتين وانقضت الأجل أن الأرض والعروة مردودتان ، لأنه لم يجر شيئاً ، فعليه رد ما ليس له فيه حق على أهله ، ولا يجبر صاحب الأرض على شراء غراس ولا بناء إلا أن يشاء والله ﷻ يقول « إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ » وهذا قد منع ماله إلا أن يشتري ما لا يرضى شراءه فأذن التراخي ؟ راجع مختصر المزني (٩٩٣-١٠٠) . ومن النص السابق نرى أن المزني يقول بقول الأحناف في هذه المسألة .

(٨) أخرجه البيهقي من حديث أبي حنيفة الرقاش عن عمه . راجع السنن الكبرى (١٠٠/٦) ، (١٨٢/٨) . وكذا الدارقطني بلفظ « ... إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ » ، إلا عن طيب نفسي . راجع السنن له (٢٦/٣) ، الطبراني في الكبير (٥٠/٩) رقم (٨٣٧٢) . قال الهيثمي أبو حنيفة أبو داود وضعفه ابن معين . راجع مجمع الزوائد (١٧٢/٤) .

انقضاء مدة الإجارة وفي الأرض غرس أو بناء ٣٧٠٥/٧

ولأن الإجارة انقضت والمستأجر مشغول بملك المستأجر فوجب أن يؤمر بالرد إذا لم يكن لفعله وقت مقدر كالتياب والمتاع .

١٧٩٣٤ - قالوا : إنما يلزم نقل المتاع من الدار على الوجه المعتاد ^(١) .

١٧٩٣٥ - قلنا : لا نسلم هذا بل يلزمه نقل المتاع [من الدار ^(٢)] على الوجه الممكن .

١٧٩٣٦ - ولا يلزم الزرع ^(٣) ، لأن لوقت حصاده زمانا مقدرا ، ولأنها إجارة لو شرط فيها الرد بعد « المدة » ^(٤) تبرعا وجب . فإذا لم يشترط وجب ^(٥) .

١٧٩٣٧ - أصله : سائر الإجازات ، ولا يلزم إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع ؛ لأنه يجوز تركه وإن شرط في الإجارة قلمه . ولأن كل حالة [توجب] ^(٦) على المستأجر نقل المتاع توجب نقل البناء والغرس أصله : إذا أعطاه قدر النقصان ، وإذا شرط النقل . ولأن كل حالة يجوز للمؤجر المطالبة بالقلع يجب القلع من غير « غرم » ^(٧) . أصله إذا شرط .

١٧٩٣٨ - احتجوا : بأنه استأجر شيئا مدة [ليشغله] ^(٨) بما اكتره به ^(٩) .

١٧٩٣٩ - دليله : إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع ^(١٠) .

١٧٩٤٠ - قلنا : يبطل بمن استأجر دكانا [فأحرز] ^(١١) متاعا ثقيلا يباع إلا في ^(١٢)

وقت معتاد كالثلج والفحم ^(١٣) ثم انقضت الإجارة فالعادة أن ذلك لا ينقل [إلا] ^(١٤) وقت يبعه من لا يلزمه تركه إلى الوقت المعتاد .

١٧٩٤١ - ولأن الزرع يجب قلمه كما يجب قلع الغرس إلا أن ^(١٥) في الزرع وقت

الحصاد متقدر في يد فأمكن اتصال كل واحد إلى حقه ، فجعلنا لصاحب الأرض الأجر

(١) راجع المذهب (٥٢٩٩١) . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) أي ولا يلزم من القول بقلع الغرس والبناء القول بقلع الزرع إذا انقضت المدة ؛ لأنه له عاية ترجى .

(٤) في (م) ، (ع) : [الموت] وهو خطأ .

(٥) هذا رد على التفريق بين اشتراط القلع وعدمه ، كما هو رأي الشافعي في صدر المسألة .

(٦) في (ن) : [توجد] . (٧) في (م) ، (ع) : [عزم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لينقله] وهو خطأ . (٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) راجع المذهب (٥٢٩/١) . (١١) في (ن) : [تأجر] وهو خطأ .

(١٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٣) ساقطة من (ن) ، والثلج يباع صبغا والفحم يباع شتة .

(١٤) في (م) ، (ع) : [إلى] . (١٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

وكمنا^(١) من المستأجر ، وأبطلنا حق صاحب الأرض ونظير مسألة الزرع من الغرس أن تنقضي المدة وفي^(٢) الغرس ثمرة^(٣) لم تدرك [أنا نبقي]^(٤) الغرس بأجر المثل إلى حين إدراك الثمرة .

١٧٩٤٢ - قالوا : غرس في أرض غيره بإذن مطلق فإذا طالبه بقلعه « بغير »^(٥) ضمان النقص لم يكن له كما إذا أراد [القلع]^(٦) في المدة^(٧) .

١٧٩٤٣ - قلنا : في المدة لا تثبت المطالبة متى بذل الضمان فلم تثبت له بغير ضمان .

١٧٩٤٤ - وفي مسألتنا : يثبت له القلع متى بذل الضمان من غير غرور كذلك ، وإن لم يذله ، كالمفصوب منه .

• • •

(١) في (ن) : « كلنا » وهو خطأ والمراد كملنا الأجر فيما زاد على المدة من المستأجر في مقابلة إبطال حق صاحب الأرض في استردادها بعد انتهاء المدة .

(٢) في (ن) : [في] - .

(٣) في (ن) : (م) ، (ع) : [أنه يبقى] .

(٤) في (م) ، (ع) : [تعين] وهو خطأ . (٦) في (ن) : [القلع] .

(٧) راجع : [القطع] .



اشترط اختلاف الأجر باختلاف نوع المنفعة ووقتها

١٧٩٤٥ - قال أبو حنيفة إذا قال : إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فنصف صحت الشرط الأول ^(١) ، وإن قال إن خطته يوماً فبدرهم ، وإن خطته فارسيًا ^(٢) فنصف صحت الشرطان .

١٧٩٤٦ - وقال الشافعي الشرطان باطلان ^(٣) .

١٧٩٤٧ - لنا : ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ : قَالَ : مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعَلِّمَهُ ^(٤) أَجْرُهُ ^(٥) .

١٧٩٤٨ - ولأه خيرة ^(٦) بين عمليين معلومين ، كل واحد منهما يبذل معلوم [فوجب] ^(٧) أن يصحح . أصله إذا قال : إن رددت عبدي الأبق من الكوفة فلك درهم

(١) أي قوله إن خطته اليوم وبطل الثاني وهو قوله إن خطته غداً والصاحبان قالاً بصحة الشرطين . وعلى هذا فله ما شرط عددهما حسب نوع العمل الذي يعمل به وعد أي حيفة إن عمل في اليوم الأول استحق للمسي وإن عمل غداً استحق أجر المثل . وعلة تصحيح أي حيفة لشرط الأول أنه سعى في اليوم الأول عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً - حياطة الثوب - والأجر درهم - أما فساد الشرط الثاني (العمل في العدد) فلأنه يخالف في اليوم الثاني بدليل أنه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلاً آخر وعمل في اليوم الثاني يستحق للمسي الأول . أما وجه الصحة عند الصاحبين في الأول والثاني أن البذل والعمل عددهما معلومان في الثاني كالأول . راجع المبسوط (٩٩/١٥ ، ١٠٠) ، البدائع (١٨٥/٤ - ١٨٦) ، الباب (٩٧/٢ ، ٩٨) وقد وافق أحمد في رواية رأي محمد وأبي يوسف بصحة الإجارة في اليومين . راجع المعنى (٥٠٨/٥) .

(٢) قال في فتح العزيز : للحياطة الرومية بفرزتين والفارسية بفرزة واحدة « فتح العزيز » (٢٠٢/١٢) .
(٣) وافق الشافعي زفر من الأحاديث ومالك وأحمد في الرواية الثانية وإسحاق وأبو ثور . راجع المراجع السابقة للأحاديث والمختلفة ، فتح العزيز (٢٠٢/١٢) ، والإشراف لابن المنذر (٣٤٦/١) ، مواهب الجليل (٤٠٣/٥) ، وشرح منتهى الإبرادات (٣٥٥/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : « فليعلم » .

(٥) الحديث يروى عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري . راجع السنن الكبرى للبيهقي باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة (١٢٠/٦) . وأخرجه السائي موقوفاً على أبي سعيد . كتاب المراجعة باب الشروط في المراجعة (٣٢/٧) . وانظر تلخيص الحبير (٦٠/٣) ، نصب الرأية (١٣١/٤) .

(٦) في (د) : « خيروه » .

(٧) في (د) : « فوجب » .

وإن رددته من المصرف فلك نصف ، ولأنه عقد تناول المنفعة ، فجاز أن يخيّر^(١) فيه بين شيئين منهما ، ويصح العقد .

١٧٩٤٩ - أصله : إذا استأجر دابة إن [ركبها]^(٢) إلى النهروان^(٣) فيدرهم وإن ركبها إلى طريق له مسافة مثلها فيدرهم ، ولأنه خيره بين شيئين يصح أن يفرد كل واحد منهما بالإجارة فوجب أن يصح .

١٧٩٥٠ - أصله : إذا استأجره [ليخيط]^(٤) هذا الثوب أو هذا ، وهما سواء .

١٧٩٥١ - احتجوا : بأن المعقود عليه غير [معتبر]^(٥) فصار كما لو قال : إن خطته فلك نصف نقدا أو درهم إلى شهر^(٦) .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) (م) ، (ع) : [يركبها] وهو خطأ .

(٣) (م) ، (ع) : [النهروان] وهو خطأ . والنهروان بكسر النون ثلاثة نهروانات الأعلى والأسفل والأوسط وهي كوة واسمة بين بندان وواسط من الجانب الشرقي حدها الأعلى متصل ببندان وفيها عدة بلاد متوسطة . راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٣٢٤/٤) .

(٤) (م) ، (ع) : [يخط] . (٥) كذا بالنسخ ولعلها : [متعين] .

(٦) قال ابن قدامة : لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح ، كما لو قال : بعك نقدا بدرهم أو بدرهمين نسيئة ، المني (٥٠٨/٥) . ونلاحظ أن المصنف هنا جمع بين قول القائل إن خطته اليوم فيكون وإن خطته غدا فيكون ، وبين قوله إن خطته فارسيًا وإن خطته روميًا في مسألة واحدة واكتفى بهذا الاستدلال بالنسبة للشاقمية . وقد أفرد الشيرازي كلا منهما مسألة مستقلة . قال في الأولى : إذا قال إن خطته روميًا فلك درهم وإن خطته فارسيًا فنصف درهم لم تصح الإجارة ، وقال أبو حنيفة : تصح وأبهما غلط استحق . لنا أن الإجارة وقعت على مجهول غير معين فأشبه إذا قال بعك أحد هذين الثوبين أو بعك بدرهم نقداً أو بدرهمين نسيئة ، قالوا : خيره بين عشرين معلومين كل واحد منهما بدله معلوم ، فصح كما لو قال : إن رددت عبدي الآق من الكوفة فلك درهم وإن رددته من المصرف فلك دينار ، قلنا يكره بما قلنا عليه ، وقال في الثانية : إذا قال : إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم لم يصح العقد . وقال أبو حنيفة : إن غلط على الشرط الأول استحق المسمى وإن غلط على الشرط الثاني فله أجرة المثل لا يراد على الدرهم ولا يقص عن النصف . لنا أن المقنود عليه أحد الأمرين وهو مجهول ، فأشبه إذا قال : بعك أحد هذين الثوبين لأن الأجرة مجهولة فأشبه إذا قال بعك بدرهم نقداً أو بدرهمين نسيئة ، ولأن الشرط الثاني فسد فكذلك الأول ، ولأنه لو صح الشرط الأول للزم كسائر الإجازات . قالوا الشرط الأول صحيح ؛ لأنه عمل معلوم بأجرة معلومة والشرط الثاني باطل ؛ لأنه شرط الفسخ لأجل الوقت لا بمقابل بدل ، ولهذا لا يجوز لمن له على رجل ألف موطئ ن يحط خمس ماله على أن يسجل الياني ، فيبطل الثاني . ولا يؤثر ذلك في الأول ، كما لو قال : بعك هذا بألف وأبعتك دارى بأية خمس . قلنا : الأول صحيح لو =

اشتراط اختلاف الأجر باختلاف نوع المنفعة ووجهها ٣٧٠٩/٧

١٧٩٥٢ - قلنا : وهنا ^(١) المقنود عليه معلوم و [أحد البديلين] ^(٢) مجهول لا يدري إذا عمل ما الذي يستحق ؟ وفي مسائلنا بديل كل واحد من الصليين معلوم وهو [يستحق] ^(٣) الأجرة بالعمل ، وعند الاستحقاق يصير البديل معلوماً ^(٤) .

• • •

" انحصر عليه ، فلما إذا حصر بينه وبين الثاني صير المقنود عليه أحدهما لا بينه ، بخلاف ما لو قال بطلت هذا بألف وأبهرتك داري بخسر ، فإن ذلك عقدان في عقد على أحدهما .

(١) أي في قولهم إن عمله تلك نصف نقداً أو درهم إلى شهر فالمقنود عليه حرامته الحرب والبطل مجهول ، لأنه إما نصف درهم نقداً أو درهم إلى شهر . وذلك خلافاً للمسألة التي نحن بصددها ، لأن البطل في اليوم الأول أجره معلوم ، وكذا البديل في اليوم الثاني . غير أنه كان يلزم على قول للنصف هذا أن يصح العقد في اليومين ، وهو ما قال به محمد وأبو يوسف .

(٢) في (ن) : [واحد والبديل] ، وفي (م) ، (ع) واحد البديل .

(٣) في (ن) : [لا يستحق] وهو خطأ .

(٤) حسب نوع العمل الذي عمله .



الإجارة على القصاص في النفس

١٧٩٥٣ - قال أبو حنيفة : إذا استأجر للقصاص ^(١) في النفس لم تصح الإجارة ^(٢) .

١٧٩٥٤ - وقال محمد والشافعي : يجوز ^(٣) .

١٧٩٥٥ - لنا : أن القصاص هو [إفاته] ^(٤) الروح وذلك من فعل الآدمي ، ولا يقدر عليه وإنما هو فعل الله تعالى ، والاستئجار على ما لا يقدر عليه الأجير لا يصح . ولا يلزم ذبحه الشاة ، لأنه لا يستأجره على تفويت الروح ، وإنما يستأجره على قطع الأوداج ^(٥) ، بدلالة أنه لو فوت الروح بالحق لم يستحق شيئاً .

١٧٩٥٦ - ولا يلزم القصاص فيما دون النفس ، لأن ذلك إفاته العضو ، وهذا من فعل الآدمي فجاز أن يستأجر عليه ، ولأن القصاص ضرب القاتل بالسيف مع التجاني ^(٦) وذلك تارة يقع على وجه مآذون وتارة على وجه [محظور] ^(٧) فلم يجز .

(١) القصاص بكسر القاف . قال الأهرلي : القصاص المائلة وهو مأخوذ من الفص وهو القطع ، وقال الرازي وغيره من المحققين هو من اقتصاص الأثر وهو تنبيه ؛ لأن المقتص يتبع جناية الجاني فيأخذ مثلها . يقال اقتص من غرمة واقتص السلطان فلاناً اقتصاصاً ، أي قتله قوداً ، وأقصه من فلان - جرحه مثل جرحه ، واستقصاه : سأله أن يقصه . راجع : القاموس المحيط باب الصاد فصل القاف (٣٢٤/٢) .

(٢) اتفق المذهبان على جواز الإجارة على القصاص فيما دون النفس كما سيتضح من خلال هذه المسألة والآية ، واختلفوا في الإجارة على القصاص في النفس كما هو مبين في نص المصنف . ويقول أبي حنيفة قال أبو يوسف . راجع المبسوط (٤٠/١٦) ، البدائع (١٨٤/٤ ، ١٨٩) .

(٣) راجع المبسوط والبدائع في المواضع المذكورة ، صح المز (٣٢٧/١٢) ، الإشراف لابن المنذر (٢٤٥/١) ، مني الحاج (٣٣٧/٢) ، وه قال مالك أيضاً . راجع مواهب الجليل (٤٠٩/٥) وهو مذهب الحنابلة أيضاً راجع المنهي (١٩١/٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقاية] وهو غلط .

(٥) الودج عرق في العنق . راجع القاموس المحيط باب الجيم فصل الواو (٢١٨/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [التجاني] ، جفا عليه كذا . ثقل ، جفت ، أجفاه ، صرعه . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل الجيم (٣١٤/٤) .

(٧) في (ن) . [محظور ومباح] ورجحنا أن : [مباح] زائدة ، ولذا حذفناها .

الإجارة على القصاص في النفس
٣٧١١/٧

١٧٩٥٧ - وليس كذلك [الطرف ^(١)] لأن قطعه بإمرار السكين وذلك يتميز فيه المخطور من المباح . ولأنه استأجره [على القتل كالقتل بغير حق . ولأن الإجارة لو صحت ^(٢)] على القتل لحق ، [استحقق ^(٣)] البذل ، إذا استأجره على تفويت روح غير مستحق كالذبح لما جاز أن يستأجره على ذبح شاة استحق الأجرة إذا استأجره على ذبح الشاة فذبحها .

١٧٩٥٨ - احتجوا : بأنه أحد نوعي القصاص كالأطراف ^(٤) والفرق بينهما ما بينا ^(٥) .

١٧٩٥٩ - قالوا : حق يجوز فيه التوكيل كما [يجوز ^(٦)] في الأعمال المجهولة ، مثل اقتضاء ديونه وخصومه من [خاصمه ^(٧)] ، والإجارة لا تصح إلا في [المعلوم ^(٨)] ، والمعنى في الأطراف ما قدمنا .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) ذكره في البدائع للتدليل على رأى أحمد . قال : وجه قوله أنه استأجره لعمل معلوم ، وهو القتل وسجله معلوم وهو العنق إذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الشاة [راجع البدائع (٤ / ١٨٤)] . قد ذكره الشيرازي في التكت في معرض الاستدلال للشافعية ومناقشة الأحناف حيث قال : ولأنه أحد نوعي القصاص فأشبه الطرف ، ولأنه يجوز التوكيل فيه فجاز الاستئجار عليه كدبح الشاة . قالوا إفتاة الروح لا يقدر عليه ، فأشبهه ضراب الفحل . قلنا : إلا أنه يوصف بالقدره عليه لما أجرى الله تعالى فيه من العادة يزهاق الروح عند نمله . ولهذا يضاف إليه . ثم انفصال الأطراف أيضًا لا يقدر عليه وإنما هو من فعل الله تعالى ثم يجوز أن يستأجر عليه . قالوا القتل بالسيف مع التجافي قد يقع على وجه محظور ، ولا يستأجر على محظور . قلنا لا يستأجر إلا من يحسن فلا يقع إلا مباحا ، ثم لو كان هذا صحيحا لوجب أن يسقط القصاص كما يسقط فيما لا يمكن من الجوافف وغيرها .

(٥) القصاص في الأطراف ممكن لأنه بإمرار السكين وذلك يتميز فيه المخطور من المباح .

(٦) في (م) ، (ع) : [خاصم] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (ن) : [معلوم] .



الأجرة في استيفاء القصاص على المقتضي أو المقتضى منه

١٧٩٦٠ - قال أصحابنا : الأجرة في استيفاء القصاص في الطرف ^(١) على المقتضى له .

١٧٩٦١ - وقال الشافعي على المقتضى منه ^(٢) .

(١) أكثر كتب الأحناف لم تعرض للكلام عن الأجرة في القصاص ، إلا أن الطحاوي تعرض لذلك فجمع رأي المذهب في هذه المسألة وكذا السابقة بنوع تفصيل فقال : قال أبو حنيفة إذا استأجر رجلاً ليقص له في النفس لم تجر الإجارة ، ولم يكن له أجر . وإن استأجر ليقص له فيما دون النفس جاز وفي قول محمد هو جائز في النفس وما دونها وهو قول مالك والشافعي والليث . وقال أصحابنا فيما تجوز فيه الإجارة على الاقتصار أن أجرة الأجير على المقتص له لا على المقتص منه ، وقال مالك والليث والشافعي هو على المقتص منه . قال أبو جعفر ذلك أن أبا حنيفة إنما لم يجز الإجارة على القصاص في النفس لأن الإجارة تقع فيه على مجهول ، لا يدري في أي موضع تقع الضربة ، ويجوز فيما دون النفس ؛ لأنه يقطع من المصل وهو معلوم ، إلا أنه أجاز الأجرة على ذبح الشاة وموضع الذبح مجهول لا يدري أسفل العنق أو أعلاه وأما الأجرة فإنما تجب على المقتص له من قبل أن أخفى عليه لو كان ممن يحسن الاقتصار فأراد الجاني أن يتولى ذلك من نفسه كان للمجني عليه أن يأبىه ويتولاه هو ، لا خلاف بين أهل العلم فيه فدل أن القصاص إلى المجني عليه لا إلى الجاني ، فالأجرة عليه دون الجاني . وليس مثل الكيل والوزن أنه على من عليه الدين ؛ لأن الطالب لا يصل إلى الانتفاع إلا بتميزه من حق المطلوب فملى المطلوب أن يميزه له ويقطعه عن ماله ويعينه بالكيل أو الوزن . ولجميع اختلاف الفقهاء للطحاوي ورقة ١١٩ . وبه قل للملكية مع ملاحظة أن نص الطحاوي اشتمل على أن رأي مالك يوافق الشافعي وهو خطأ . راجع مواهب الجليل (٤٠٩/٥) .

(٢) تجدر الإشارة إلى أن الخلاف فيما إذا لم ينصب الإمام رجلاً بقيم الحدود أو لم يجد من يستوفى من غير أجرة . راجع : نهاية المحتاج (٢٧٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٣٧/٢) ، والمذهب (٢٣٧/٢) ، وبأي نصه . وللحائطة في المسألة تردد قال في المتن : وإن كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه لأنه حقه ، فكان له التوكيل في استيفائه كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال . قال بعض أصحابنا : يترك من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص ؛ لأن هذا من المصالح العامة . فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجاني ، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه فكادت عليه ، كأجرة الكيل في بيع الكيل ويحتمل أن تكون على المقتص ؛ لأنه وكيله ، فكادت الأجرة على موكله كسائر المواضع . والذي على الجاني التمكن دون الفعل ، ولها أن أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل لزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه والمضي (٢٩١/٧ ، ٢٩٢) . ومن خلال هذا النص نرى أن الحائطة يميلون أجرة المقتص في بيت المال إن عين الإمام من يقوم بذلك كما قال الشافعية . فإن لم يعمل فهي على المقتص منه عند بعضهم ، وعند البعض الآخر وهو ما يظهر ميل ابن قدامة إليه أنها على المقتص له .

الأجرة في استيفاء القصاص على المفني أو المقتضى منه ٣٧١٣/٧

١٧٩٦٢ - لنا : أن [حق ^(١)] المجني عليه [لمسى] ^(٢) في الطرف والقطع المقص
بين حقه وبين ما لاحق له فيه فكانت الأجرة على صاحب الحق كمن باع ثمرة على
النخل فأجرة جذاها ^(٣) عليه .

١٧٩٦٣ - فإن قيل : هناك قد حصلت التخلية ، فدخلت في ضمان المشتري .
٢/٢٠ يسقط الإيفاء [عن] ^(٤) البائع ، وفي مسألتنا لم يسقط الحق عن الجاني / فالأجرة
لإيفاء حق عليه .

١٧٩٦٤ - قلنا : [لوجد ^(٥)] المشتري الثمرة قبل التخلية كانت الأجرة عليه ، وإن كان
الإيفاء لم يسقط عن البائع ولأن الجاني إنما يلزمه التخلية وقد فعل ، فصار كالبائع إذا سلم .
١٧٩٦٥ - فإن قيل : البائع سقط عنه التسليم . والجاني إذا لم يقطع في الحال لم
يسقط عنه التسليم .

١٧٩٦٦ - قلنا : لأن العضير تحت يده ، فقد فسخ التخلية ، فصار كالبائع إذا
عادت يده إلى [الثمرة] ^(٦) لزمه تسليم أجرة الجذاذ ^(٧) .

١٧٩٦٧ - ولأن القصاص لمنفعة المقتض له ، ولا منفعة فيه للمقتض منه فكانت
الأجرة على من تجعل له المنفعة كالجذاذ ^(٨) وكالعامل في الزكاة ، ولأن الأجرة لو
وجبت على الجاني ^(٩) لجاز أن يتولى القطع بنفسه كالحلتان ^(١٠) .

١٧٩٦٨ - ولا يقال إنه يجوز أن يستوفيه بنفسه في أحد الوجهين ^(١١) لأنه لو جاز

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) في (ع) : [معنى] .

(٣) الجذاذ والجداد حرم النخل والمراد قطع ثمرها . راجع القاموس المحيط باب الدال فصل الجيم (٢٩١/١) .

(٤) في (ن) : [على] .

(٥) في (ن) : [لو وجد] ، في (م) ، (ع) : [وجد] وكلاهما خطأ .

(٦) في (ص) ، (ن) : [الثمن] .

(٧) في (ص) ، (ن) : [أجر] والمراد إذا عادت الثمرة إلى البائع لقصد المقدر ونحوه لزم البائع دفع أجرة الجذاذ .

(٨) في (ص) ، (ن) ، (م) : [أجر] وهو خطأ .

(٩) قياس أجرة المقتض على أجرة العامل في الزكاة قياس مع الفارق ؛ لأن أجرة العامل في الزكاة من مال
الزكاة ؛ لأن له سهما فيها ، ولذا فهي ليست على المزمي ، ولا على من تدفع له الزكاة خلافا للمقتض وإن
أجرته إما على المقتض له وإما على المقتض منه .

(١٠) الحتن والختان موضع من الذكر . راجع القاموس المحيط باب الون فصل الحاء (٢٢٠/٤) .

(١١) للشافعية في استيفاء القصاص للجاني من نفسه قول واحد . قال في المذهب : فإن لم يكن من يستوفى
القصاص بغير عوض استوفى من خمس المصالح من يستوفى ، لأن ذلك من المصالح وإن لم يكن خمس أو .

أن يستوفي القصاص فيما دون النفس جاز في النفس والنفس ^(١) قد منع ذلك .
 ١٧٩٦٦ - احتجوا : بأنها أجرة وجبت [لإيفاء] ^(٢) حق فوجب أن يكون على
 « المولى » ^(٣) دون المستوفى .

١٧٩٧٠ - أصله أجرة الكيال والوزان ^(٤) .

١٧٩٧١ - قلنا : لا نسلم أن الأجرة في مسائلنا للإيفاء بل هي للاستيفاء ، بدليل أن
 المقتض له يجوز أن يتصرف فيه في الطرف بغير إذن الحاني وأجرة الكيال [للإيفاء] ^(٥)
 بدلالة أن المشتري لا يحوز أن يفعل ذلك إلا بإذنه .

١٧٩٧٢ - والمعنى في الكيال [أن] ^(٦) حق المشتري لم يتعين [والمتعين] ^(٧) واجب
 عليه والكيل المتعين المستحق عليه فكانت الأجرة عليه وفي مسائلنا الحق [متعين] ^(٨)
 والقطع للفصل كالجداد .

١٧٩٧٣ - قالوا : يطل بمن ابتاع صبرة على أنها عشرة أقفزة كل قفيز درهم [فقد] ^(٩)

= كان ولكنه يحتاج إليه لما هو أهم منه وجبت الأجرة على الحاني ، لأن الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه
 كالبائع في كيل الطعام المبيع . فإن قال الحاني أنا أقص نفسي ولا أؤدي الأجرة لم يجب تمكينه منه ، لأن
 القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ . ولأن من لزمه إيفاء حق لغيره لم يجوز أن يكون هو المستوفي كالبائع في
 كيل الطعام المبيع . راجع المذهب (٢٣٧/٢) . وبدل عليه أيضًا كلامه في التكت وسبأتي نصه .
 (١) بقصد قوله تعالى : ﴿ تَأْكُلُهَا الْأَنْبُوتُ نَاسُوا لَا تَأْخُذُكُمْ أَمْزَلَكُمْ يَسْكُنُ الْإِنْسَانُ لِلْأَنْبُوتِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرًا
 مَرًّا تَزِيهِ تَكُنْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ الآية : ٢٩ من سورة النساء .

(٢) في (ن) : [لإيفاء] وهو خطأ . (٣) في (ن) : [المتوفى] وهو خطأ .

(٤) قال الشيرازي : الأجرة في القصاص على من عليه القصاص ، وقال أبو حنيفة على من له . لما أنه إيفاء حق ،
 فكانت الأجرة على من عليه كأجرة الكيال في البيع . قالوا : تعين حقه فكانت الأجرة في الأخذ عليه ، كما لو
 اشترى ثمرة نخل . قلنا المقصود منه والمير تعين حقهما ثم أجرة التسليم على المالك والمستعير ، ولأن البائع قد
 سلم المبيع ، وهنا ما سلم فإن القصاص هو القطع ولهذا لو قطع يده في سرقة كان من ضمانه ، فوجب عليه مؤنة
 الإيفاء كالبائع في يد البائع قالوا منفعة للمتقص فكانت الأجرة عليه كقطع إختان . قلنا : إختان حجة لأن
 الأجرة هي على من يجب عليه فليكن هنا مثله . قالوا : مال فلا يهتم مع القصاص كالتدية . قلنا : ليس يدل
 عما كان القصاص بدلا عنه ، وقد سلم . قالوا : لو وجب عليه القطع لم يكن منه . قلنا : لا يمكن ، لأنه منهم بأن
 يجزئ فيجزي على نفسه ، كما لا يمكن البائع إذا اتهمه في الكيل وإن كان ذلك عليه .

(٥) في (ن) : [للإيفاء] وهو خطأ . (٦) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والعن] وهو خطأ . (٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فالزيادة] .

الأجرة في استفاء القصاص على المفتضي أو المفتضى منه ٣٧١٥/٧

تعين حق المشتري وأجرة الكيال على البائع .

١٧٩٧٤ - قلنا : لم يتمين الحق ؛ لأن الصبرة يحوز أن تزيد فتكون الزيادة للبائع .

١٧٩٧٥ - قالوا : الجاني إذا سلم نفسه [فالجناية] ^(١) مضمونة عليه عندنا ، ولهذا [لو أتلف] ^(٢) الطرف وجب عليه الأرض ، وهو يحتاج إلى القطع ، ليسقط عن نفسه الضمان .

١٧٩٧٦ - قلنا : إن كان هذا الكلام على جوابنا فلا تعلق له به ؛ لأننا اعتبرنا التعين ولم نتعرض للضمان ، وإن كان ابتداء دليل فهو غير مسلم ، لأن عندنا إذا تلف الطرف سقط الضمان عن الجاني .

١٧٩٧٧ - قالوا : [قطع] ^(٣) واجب فأشبه قطع السارق ، [إذا] ^(٤) لم يكن في بيت المال شيء .

١٧٩٧٨ - قلنا : لا يجب عندنا على السارق [أجرة] ^(٥) في الحالين .

١٧٩٧٩ - قالوا : قطع مستحق فالأجرة على المستحق عليه كالحائنان .

١٧٩٨٠ - قلنا : الحائنان عندنا غير واجب فكيف يجب عليه أجرته ، ثم المعنى في الحائنان أنه يجب لمنفعة المختون وهو ما يحصل [بعد] ^(٦) الطهارة ويتميز [به من المشركين فكانت الأجرة عليه] ^(٧) .

• • •

(١) في (م) ، (ع) : [فالزيادة] .

(٢) في (ن) : [لو تلف] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٥) في (ن) : [بعض] وهو خطأ .

(٦) يدل هذه العبارة في (ن) : [به بين المشركين الأجرة] وهو خطأ .



إمساك العين مدة الإجارة من غير انتفاع بها

١٧٩٨١ - إذا استأجر دابة إلى الكوفة [فسلمها] ^(١) المؤجر وأمسكها المستأجر [ييقداد] ^(٢) حتى مضت مدة [يمكنه] ^(٣) المسير فيها فلا أجرة عليه ، [إن] ^(٤) ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة ^(٥) .

١٧٩٨٢ - وقال الشافعي ^(٦) يجب الأجرة في الرجعين ^(٧) .

١٧٩٨٣ - لنا : أن العقد وقع على مسافة ، فالتسليم [في غيرها] ^(٨) لا يستحق به البذل ، كما أن العقد لو وقع على مدة فسلم في غيرها لم يستحق البذل .

١٧٩٨٤ - ولأنه لو سلم الدابة في مسألتنا بالبصرة ^(٩) لم تستحق الأجرة لأنه تسليم

(١) في (٢) : [تسلمها] .

(٢) في (ع) : [إلى ييقداد] وهو خطأ لأن المراد حبسها في مكان إيجارتها دون الانتفاع بها والإجارة هنا كما هو ظاهر محلها بغداد

(٣) في (ع) : [يمكنه من] . (٤) كذا بالنسخ ولعلها [وإن] .

(٥) راجع للسألة في تبين الحقائق (١٠٧/٥) ، الدائع (٢١٥/٤) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٧/٢) ط دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان تكملة فتح القدير (١٦/٨) ، الكفاية (١٥/٨) ،

شرح الصاية على الهداية (١٥/٨) وحاشية السفدي على شرح الصاية (١٦/٨) .

(٦) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٧) وبه قال المالكية والحنابلة . راجع : مني المحتاج (٣٥٨/٢) ، إحدوي ص ٤١٢ ، ومواهب الجليل (٤١٤/٥) ، المعني (٤٤٥/٥) . وقد أورد الإمام الماوردي تفصيلاً حسناً فقال : « رجل استأجر دابة ليركبها شهراً أو ليركبها من

البصرة إلى الكوفة من غير أن يركبها فهذا على ضربين أحدهما أن يعمل ذلك لعذر مانع من ركوبها . والثاني أن يفعل ذلك لتبر عفر . فإن فعل ذلك لعبر فقد أسوى ما استحقه بالإجارة وإن لم يركب صحن جميع الأجرة ... فإن

أسلك عن ركوبها لعذر فهو على ثلاثة أقسام إحداها أن يكون لعذر في الطريق وإن كان العذر عائداً إلى المستأجر كمرض جالس أو أمر عائق فقد استمرى حقه وعليه الأجرة ؛ لأن له أن يستمرى ذلك بنفسه وبغيره فلم يكن عجزه عن

استيفاء ذلك بنفسه مانعاً من استيفائه بغيره - لا يحتمل أن هذا ناشئ عن قول الشافعية بأن الإجارة لا تنصحب بالعذر - وإن كان العذر عائداً إلى الدابة لمصرها فلا أجرة على المستأجر ؛ لأنه ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره . ثم ينظر في

الإجارة فإن كانت على مدة قد انقضت فقد بطلت وإن كانت إلى مسافة معلومة نهى بحالها وإن كان العذر في الطريق من جذب أو خوف ، فهو كما لو كان لعذر في الدابة لكون العذر في الحايض من غير المستأجر ، نصار ممنوعاً من

استيفاء حقه . راجع الحاوي (٤١٢ - ٤١٥) . (٨) في (م) ، (ع) : [غيرها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بالبصرة] وهو تصحيح .

في غير الأماكن التي تناولها العقد ^(١) ، كذلك في مسائلتنا .

١٧٩٨٥ - ولأن العقد وقع على المسير ، فلو أوجبتنا ^(٢) الأجرة بالإمساك صار كالعقد على مدة ، وحكم الأمرين يختلف بدلالة أن الحياط لو سلم نفسه لم يستحق الأجرة ؛ لأن العقد وقع على العمل دون المدة ، ولأن الإجارة على ضربين : تارة تقع على ^(٣) منفعة معينة وتارة تقع ^(٤) على مدة ، فإذا وقع العقد على المدة ^(٥) استقر البديل بالتسليم كمن استأجر رجلاً للخدمة شهراً وإن وقع على ^(٦) المنفعة [لم يستحق إلا بالعمل] ^(٧) كالحياطة ، كذلك العقد على الدابة إن استأجرها مدة معلومة لم تستحق الأجرة بمجرد ^(٨) التسليم .

١٧٩٨٦ - ولأنه لو خلى بينه وبين الدابة لم يستحق الأجرة من غير قبض ، كذلك لا يستحق [وإن] ^(٩) وجد القبض ، كما لو أجر مدة متراخية فسلم قبلها .

١٧٩٨٧ - احتجوا : بأن المستأجر قبض العين المستأجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب أن تستقر الأجرة عليه ^(١٠) .

١٧٩٨٨ - أصله : إذا استأجرها شهراً للركوب .

١٧٩٨٩ - قلنا : التمكن من الاستيفاء في غير محل المعقود عليه [كلا تمكن] ^(١١) فلا يستقر به بدل . والمعنى فيه أنه ^(١٢) إذا استأجرها شهراً وفرق في الأصل بينهما كما لو استأجر لحياطة ثوب أو استأجر [يوماً] ^(١٣) .

١٧٩٩٠ - قالوا : وأصل العلة إذا سيرها إلى الكوفة ولم يركبها .

١٧٩٩١ - قلنا : هناك وجد التسليم في المحل المعقود عليه ، فصار كالتسليم في المدة المعقود عليها .

١٧٩٩٢ - وفي مسائلتنا وجد التسليم في غير المحل المعقود عليه ، فصار كالتسليم في غير المدة .

(١) وذلك لأن العقد في هذه المسألة واقع على المسير من بندان إلى الكوفة .

(٢) في (ع) : [وجبتا] . (٣) ساقطة من (ن) .

(٤) ساقطة من (ص) ، (ن) ، (ن) . (٥) في (ع) : [مدة] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) بدل هذه العبارة في (ن) : [لم يستقر إلا بالعمل] وهو خطأ .

(٨) في (ن) : [بمجرد] . (٩) في (م) ، (ع) : [إن] .

(١٠) مني المحتاج (٢ / ٥٣٨) ، المنى (٥ / ٤٤٥) .

(١١) في (ص) ، (ن) ، (م) : [كالتسليم] وهو خطأ .

(١٢) من (ن) وساقطة من غيرها . (١٣) في (م) ، (ع) : [ثوباً] وهو تحريف .

(المزارعة)

١٩٩٣ - قال أبو حنيفة المزارعة (٢)

(١) حالف المصنف هنا سائر الكتب في جملة المزارعة من مسائل الإحارة ؛ لأنها بمثابة إجارة الأرض ببعض الخارج منها .

(٢) المزارعة لغة : بالمعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها . راجع تاج العروس للزبيدي (٣٦٨/٥) ط المطبعة الخيرية بالحمامية والقاموس المحيط باب العين فصل الرأي (٣٥/٣) . وشرعاً : عرفها الأحناف بأنها « عقد على الزرع بعض الخارج » راجع الهداية (٣٨٤/٧) وعرفها المالكية بأنها « الشركة في انزع ، وقيل الشركة في حرث » راجع الشرح الصغير (١٩٧/٣) ، مواهب الجليل (١٧٦/٥) . وكما هو ظاهر من تعريفها عندهم فإنهم يجعلونها نوعاً من أنواع الشركة ، حتى تعتبر فيها شروطها ، كالاشتراك في البذر ونحوه . وعرفها الشافعية بأنها « تسليم الأرض لرجل ليربعتها ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك . راجع حاشية البجري على الخطيب (١٩١/٣) . وعند الحنابلة : هي . دفع الأرض لمن يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما . راجع المغني (٤١٦/٥) . أما عن حكمها فقد اختلف العلماء فيها ، وقد اتجهوا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات . المنع المطلق ، والجواز المطلق والجواز إذا كانت على يارض أرض بين شجر ولا تجوز في الأرض البيضاء . الاتجاه الأول . وهو الجواز المطلق . مروى عن ابن مسعود وعلي ابن أبي طالب ومعاذ بن جبل وسعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وطاؤوس وعبد الرحمن بن الأسود وعمر بن عبد العزيز والزهري والحنابلة ومحمد وأبي يوسف من الأحناف ، وابن حزم الظهري . راجع الميسر (١٧/٢٣) ، الهداية (٣٨٤/٢) ، الإشراف لابن المنذر (١٥٧/١) ، المغني (٤١٦/٥) ، كشف القناع (٥٣٢/٣) ، والمغلي (٢١٤/٨) . الاتجاه الثاني : المنع المطلق وهو مروى عن ابن عباس وعكرمة وسعيد بن حبر وسباعد والبخي وأبي حنيفة . راجع كتب الأحناف المذكورة ، المغني (٤١٦/٥) . الاتجاه الثالث : وهو القائل بالجواز إذا كانت على يارض بين النخل المساتي عليه فتجوز تبعاً للمساواة . وهو مذهب الشافعي . راجع المذهب (١ / ٥١٦) .

الأدلة لكل فريق :

أولاً : استدلل أصحاب الاتجاه الأول القائلين بالجواز مطلقاً :

١ - بما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ غاضل أغل غدير بقطرنا ثم يخرج منها من زرع أو ثمر . ووجه الدلالة من ناحيتين :

الأولى : جواز المزارعة بنص الحديث « ما يخرج من زرع أو ثمر » .

الثانية : أن أرض غدير لا تخلو من أرض بيضاء وأخرى بين الشجر والمقد وقع على الجميع .

٢ - كما استدللوا أيضاً بالإجماع . وقد استبسط الإجماع من معاملة الصحابة في عصر الرسول وبعد وفاته .

قال أبو جعفر « محمد بن علي » عامل رسول الله ﷺ أهل غدير بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم

عقد فاسد ^(١) .

١٧٩٩٤ - وقال الشافعي ^(٢) إذا ساقاه على نخل وكان فيها ^(٣) بياض [لا يتوصل] ^(٤) إلى عمله إلا باندخول على النخل ولا الوصول إلى سقيه [إلا بسقي] ^(٥) النخل في الماء [أو] ^(٦) كان غير [متميز] ^(٧) جاز أن يساقى عليه مع الحل ، ولا يجوز منفرداً ^(٨) .

١٧٩٩٥ - قالوا : وإنما ^(٩) يجوز إذا كان من رب الأرض البذر والغدن ^(١٠) ومن العامل ^(١١) العمل ^(١٢) .

= أعلمهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع وهذا أمر مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ، ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ، ثم أعلمهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده الخلفي (٤٢١/٥) .

١ - واستدلوا كذلك بالمعقول : وهو الحاجة الداعية إليها ؛ لأن رب الأرض قد لا يحسن زرعها كما أن العامل قد لا تكون لديه أرض يزرعها مع حاجة كل منهما إلى ما يخرج منها مجازت كالمساقاة والمضاربة . راجع الأدلة في الخفي لابن قدامة (٤١٨/٥ ، ٤٢١) ، المحلى (٢١٤/٨) .
ثانياً : استدل القائلون بالمنع بما ذكره المصنف من حديث جابر « مَنْ لَمْ يَنْزِرِ الْخَبْزَةَ قَلْبًا نَزَلَ بِحُوبٍ مِنَ اللَّهِ وَزَرْعُهُ » وسياق تخريجه . وكذا بأنها إحارة مجهولة الأجرة فلا تصح . راجع المبسوط (١٨/٢٣) .
ثالثاً : استدل الإمام الشافعي على جوازها إن كانت على بياض بين التحل فقط تبعاً للمساقاة . بأن هذه الصورة جوزت للضرورة التي اقتضاهما عقد المساقاة فجازت تبعاً له ، فيبقى ما عداها على النهي الوارد في الحديث . راجع المذهب (٥١٦/١) .

(١) راجع المبسوط (١٧/٢٣) ، تبين الحقائق (٢٧٨/٥) ، تكملة فتح القدير (٣٨١/٨) مجمع الأنهر (٤٩٨/٢) ، البدائع (١٧٥/٦) ، اللباب (٢٢٨/٢) .

(٢) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (ع) ، (ن) : [يتوصل] .

(٥) في (ن) : [يشرق] وفي (م) ، (ع) : [يشق] وكلاهما خطأ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) . (٧) في (ن) : [مشر] وهو خطأ .

(٨) راجع الأم (٢٣٩/٣) ، المذهب (٥١٦/١) ومذهب مالك قريب من مذهب الشافعي إلا أن مالكاً حدد القلة بكونها لا تزيد على الثلث فإن كان أكثر من الثلث فلا تجوز . راجع بداية المجتهد (١٥٨/٢) .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا] وهو خطأ .

(١٠) الغدن . الثور أو الثوران بقرن للحرث بينهما ولا يقال الواحد فدان أو هو آلة الثورين للحرث . راجع .
العاموس المحيط باب الوزن فصل الفاء (٢٥٧/٤) ، مختصر الصحاح (فدان) . ٥١٩ والغدن في هذا السياق بمعنى الحرث .
(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٢) قال ابن المنذر : اختلف الذين أجاروا المراغة بالثلث والرابع فيمن يحرث البذر : العامل أو رب المال ؟ =

١٧٩٩٦ - وإن كان البياض بين نخل يسير فقيه وجهان ^(١) .

١٧٩٩٧ - لنا : حديث جابر ^(٢) رضي الله عنه [عن النبي ﷺ] قال : « من لم يَذِرِ الحَقَّارةَ قَلْبًا ذَنُ يَخْرُوبَ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ^(٣) » ذكره ^(٤) أبو داود ^(٥) . ولأنه عقد لا يصح

= فقال طائفة يكون من عند العامل روى ذلك عن سعد بن مالك وابن مسعود وابن عمر . وفيه قول ثان . وهو أن البذر يكون من عند رب الأرض والعمل من الداخل « العامل » . هذا قول أحمد وإسحاق . وقالوا : لا يجبنا أن يكون البذر من عند الداخل . وفيه قول ثلث . قاله بعض أهل الحديث . قال من أخرج البذر منها فهو جائز ، لأن النبي ﷺ دفع حبير معاملة ، وفي تركه اشتراط البذر من عند أحدهما دليل على أن ذلك يجوز من عند أيهما كان . راجع الإشراف لابن المنذر (١٥٧ / ١) ، الأم (٢٣٩ / ٣) ، لنخني (٢٤٣) ومحمد وأبو يوسف من الأحناف جورا المزارعة وهي على أربعة أوجه عندهما تصح في ثلاثة منها :

قال في الباب : وهي عندهما على أربعة أوجه تصح في ثلاثة منهما وتبطل في واحد « أنه إذا كانت الأرض والبذر لواحد ، والعمل والبقر من آخر ، جازت المزارعة وصار الأرض والبذر مستأجرا للعامل والبقر تبعاً ، لأن البقر آلة العمل . وكذا إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت أيضاً ، وصار العامل مستأجراً للعامل ببعض الخارج ... وإذا كانت الأرض والبقر والبذر والمستعمل للبذر باطلة ، لأنه لو قدر إحارة للأرض فاشتراط البقر على صاحبها مفسد للإحارة ؛ إذ لا يمكن جعل البقر تبعاً للأرض ، لاختلاف المفعة ، لأن الأرض للإنبات والبقر للشق ، ولو قدر إحارة للعامل فاشتراط البذر عليه مفسد لأنه ليس تبعاً له » الباب (٢٢٩/٢) . ويؤخذ من النص السابق بالإضافة إلى صور إحراج البذر من رب الأرض أو العامل أن المزارعة صورة من صور الإحارة وهو الذي جعل المصنف كما سبق يأتي بها في آخر مسائل الإحارة ، ولم يفردا باب مستقل كما هو الحال في عامة الكتب . وقد ذكر صاحب الباب بعد أن ذكر نص القدوري وشرحه له على النحو السابق ثلاثة أوجه أخرى للمزارعة باطلة وهي إحداها « أن يكون البذر والبقر لأحدهما والأخران للآخر (أي العمل والأرض) لأنها استعجار الأرض وشرط العمل ، الثاني أن يكون لأحدهما البقر والباني للآخر ، لأنه استعجار للبقر ببعض الخارج . الثالث أن يكون لأحدهما البذر والباني للآخر ؛ لأنه شراء للبذر ببعض الخارج راجع الباب (٢٣٠/٢) .

(١) أي إذا كان البياض كثيراً والنخل قليل . راجع المذهب (٥١٦/١) .

(٢) الصحابي الجليل جابر بن عبد الله وقد سبقت ترجمته .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) . (٤) سبق تخريج الحديث في كتاب المساقلة .

(٥) في (م) ، (ع) : [وذكره] راجع السنن - باب الحثارة (٦٩٥/٣) رقم (٣٤٠٦) .

(٦) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي « أبو داود » محدث حافظ فقيه رحل وطوف وجمع وصف ورحل وسمع الكثير من مشايخ الشام ومصر والجزيرة والعراق وغرسان وتروى بالبصرة في شوال سنة ٢٧٥ هـ من تصانيف كتاب السنن ، الباسخ والنسوخ ، والقدر ، والمراسيل ، وغيرها . راجع معجم المؤلفين (٢٥٥/٤) ، سير أعلام النبلاء (٤٥/٩ - ٥٣) ، الوافي بالوفيات (١٢١/١٣ ، ١٢٢) =

منفردًا فلا يصح تبعًا للمساقاة كما لو كان البذر والقدن من العامل .
 ١٧٩٩٨ - ولأنه استجار ببعض ما يخرج من الربيع ^(١) فلم يجز . أصله إذا كان
 البذر من العامل .

١٧٩٩٩ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ غامَلَ أَهْلَ خَيْبَرِ عَلَى ^(٢) بَغْشٍ مَا
 يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ ^(٣) .

١٨٠٠٠ - وقد أجبنا عن هذا الخبر ^(٤) ، ولأن خبرنا متأخر فكان أولى . بين ذلك أنه
 لم ينقل أنه ﷺ أَغْطَاهُمْ الْبَذَرُ الْبَقَرُ ^(٥) والمزاعة على هذا الوجه لا تصح باتفاق .
 ١٨٠٠١ - ولأن الشافعي رحمه الله إن عمل بظاهر هذا الخبر فيجب أن تجوز المزاعة في
 الأرض وإن انفردت عن النخل لأنه ^(٦) لم يفصل في الخبرين ^(٧) الأمرين وإن ^(٨) عمل بخبر

١٨٠٠٢ - انظر فرائز شافعي لمفسرنا سنة (١٧٨١) هـ تذاكرة الحفاظ ص (٢٦٦) ، طبقات الحنابلة (١٥٩/١) ،
 طبقات المفسرين للناودي (٢٠١/١) ، العبر (٥٤/٢) ، واستدلال المصنف بهذا الحديث من طريق جابر
 أسلم لأن المعنى ورد من طريق رافع بن خديج أيضًا إلا أنه اعترض عليه من عدة وجوه أقاض فيها ابن قدامة
 في المغني (٤١٨/٥ - ٤٢٠) وأما حديث جابر فإن كان أصح رواية من حديث رافع إلا أنه لم يسلم من
 التناول . وقال ابن قدامة بعد أن قال حديث رافع يحمل على أنه ورد للنهي عن الصور التي لا خلاف على
 فسادهما كان يكره الأرض على أن للعامل هذه الناحية ولرب الأرض هذه فرما أخرجت هذه ولم تخرج
 تلك ، أو يحمل على أنه وارد في الكراه بثلاث أو ربع والتزاع في المزاعة ولم يدل حديثه عليها أصلاً ،
 وحديثه الذي فيه المزاعة يحمل على الكراه أيضًا لأن القصة واحدة ، رويت بألفاظ مختلفة ، فيجب تفسير
 أحد اللفظين بما يوافق الآخر (وحديثه الذي يلفظ المزاعة عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ مَا كُنَّا نَرَى
 يَمْزُزُهُمْ تَأْمَسًا حَتَّى يَمُوتَا رَافِعٌ بْنُ خَدِيجٍ يُقُولُ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهَا) أو يحمل على فرض صحته
 واستماع تأويله وتعلق الجمع على أنه منسوخ ، لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، وبسبب القول بنسخ حديث
 غير لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين فعني كان نسخه ؟!
 قال بعد ذلك أما حديث جابر في البهي عن الحضارة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر
 رافع ، فإنه قد روى حديث غير أيضًا (غامَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرِ . . . الحديث) فيجب الجمع بين حديثه
 لاستحالة نسخهما كما ذكرنا « راجع المغني قدامة (٤٢٠/٥) .

(١) راجع برقع نما وزاد . راجع القاموس المحيط باب العين فصل الرء (٣٤٩/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عما] .

(٣) الحديث بمعناه ولفظه « غامَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرِ بِشَعْلٍ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ » وقد سبق

(٤) راجع جواب المصنف في المساقاة .

تخرجه الحديث في المساقاة .

(٥) في (م) ، (ع) : [للقر] وهو خطأ . (٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بين الخبرين] . (٨) في (م) ، (ع) : [من] .

الهي فيحب أن يطل العقد [في الوجهين ^(١)] ولا يقال إن المراجعة تجوز على طريق التبع ^(٢) للمعاملة ^(٣) لأن العقود تتبعها حقوقها .
١٨٠٠٢ - فأما أن يصح العقد الذي لا يجوز إفراده [تبعاً للعقد] ^(٤) آخر فلا ^(٥) .

- (١) ساقط من (م) ، (ع) والمراد بالأمرين والوجهين الأرض البيضاء والتي بين النخيل .
(٢) في (م) ، (ع) : [البيع] وهو تحريف .
(٣) بقصد قول الشافعي بجواز المراجعة على يابض الأرض الذي بين الشجر تبعاً للمساقاة .
(٤) في (ن) : [بالعقد] وهو خطأ .

(٥) ناقش ابن حزم الطاهري الماسين لجواز المساقاة مطلقاً أو إذا كانت على يابض الأرض فقط فقال : حجة جسيمهم في المنع من ذلك نهى وشول اللزوم ^(١) عن إعمال الأرض بالتقضي والتلث ز الويع قال علي : ولما نخرجهم الآن في ألفاظ ذلك الحديث بل نقول نعم قد بيع عن النبي ^(٢) ه أنه نهى عن أن يؤخذ للأرض أجر أو غط . وقال ه من كانت له أرض فليزرعها أو يبيعها فإن أين فليبيك أرضه ه وهذا نهى عن إعطائها جبره مما يخرج منها لكن فعله ^(٣) في حبر هو التامع ... فأما أبو حنيفة فخالف الماسخ وأند بالنسوخ وأما مالك والشافعي وأبو سليمان محيرهم فعل النبي ^(٤) فأخرجوه على ما ذكرناه عنهم - (حمله على اليابض الذي بين النخل) - وكل تلك الوجوه تحكم ويقال لن قلد مالكا من أين أين لكم تحديد اليابض بالتلث ؟ ولم يأت قط في شيء من الأحبار تحديد تلث ولا دليل عليه ومثل هذا في الدين لا يجوز . ما الظن بولد أخذ فيه التسمية ماثنا فارس وأصحابهم من الرجلة قنولوا منها وصاروا أصحاب ضياع فمن أين للملك تحديد التلث وقد كان فيها يابض لا سواد فيه وسواد لا يابض (فيه) وياض وسواد فما جاء قط في شيء من الآثار تحميم ما خصه (أي مالك) . راجع المحلى لابن حزم (٢١٨/٨) وقد رد ابن رشد أيضاً وهو مالكي المذهب رأي مالك راجع بداية الجتهيد (١٨٦/٢) .

فهرس المجلد السابع

الصفحة

الموضوع

كتاب الإقرار

- مسألة ٧٧٥ إقرار الصبي المأذون ٣١٥١
- مسألة ٧٧٦ مقدار ما يصدق فيه من أقر بمال عظيم ٣١٥٨
- مسألة ٧٧٧ مقدار ما يصدق فيه من أقر بدراهم كثيرة ٣١٦٤
- مسألة ٧٧٨ مقدار ما يصدق من أقر بمائة ودرهم وما شابه ذلك ٣١٦٨
- مسألة ٧٧٩ الإقرار بالمطروف يقتضي الإقرار بالظرف كالثوب في التنديل ٣١٧٥
- مسألة ٧٨٠ الاستثناء مما أقر به ٣١٧٨
- مسألة ٧٨١ الإقرار بكذا درهما ، وكذا درهما ٣١٨٣
- مسألة ٧٨٢ هل ديون الصحة وديون المرض سواء في القضاء ؟ ٣١٨٩
- مسألة ٧٨٣ حكم إقرار المريض للوارث ٣٢٠١
- مسألة ٧٨٤ حكم قضاء المريض المدين بعض غرماء الصحة دون البعض ٣٢٠٨
- مسألة ٧٨٥ الإقرار للحمل ٣٢١٠
- مسألة ٧٨٦ حكم ما إذا قال : غصبت هذا العيد من فلان لا بل من فلان ٣٢١٥
- مسألة ٧٨٧ حكم ما إذا قال لك علي ألف درهم ثم جاء بألف ٣٢١٨
- وقال كانت وديمة ٣٢٢١
- مسألة ٧٨٨ إقرار العبد المأذون بالنصب ٣٢٢١
- مسألة ٧٨٩ حكم ما لو أقر لشخص بدرهم تحت درهم أو فوق درهم أو معه درهم أو درهم فدرهم أو درهم ودرهم أو درهم ثم درهم أو قبله درهم وبعده ٣٢٢٢
- مسألة ٧٩٠ حكم الإقرار بألف في مجلسين ٣٢٢٦
- مسألة ٧٩١ الإقرار بالهبة ٣٢٣٢
- مسألة ٧٩٢ حكم ما إذا أقر بأن عليه ألفاً من ثمن مبيع غير معين وادعاء المقر له غصباً ٣٢٣٤
- مسألة ٧٩٣ اختلاف الشاهدين في شهادتهما بزيادة أو نقص ٣٢٣٧

- مسألة ٧٩٤ حكم ما لو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر شارك المقر في الميراث دون النسب ٢٢٢٩
- مسألة ٧٩٥ ثبوت النسب بإقرار الورثة ولو كان واحدًا ٢٢٤٧
- مسألة ٧٩٦ إقرار أحد الورثة بالدين وإنكار الآخرين ٢٢٥٣
- مسألة ٧٩٧ هل إقرار الرجل بنسب ولد يثبت زوجية أمه الحرة ؟ ٢٢٥٩

كتاب العارية

- مسألة ٧٩٨ هل العارية مضمونة أو أمانة ؟ ٢٢٦٣
- مسألة ٧٩٩ حكم من أعار أرضًا ليني فيها أو يقرس ٢٢٩٢
- مسألة ٨٠٠ رد العارية ٢٢٩٦
- مسألة ٨٠١ إعارة المستعار وإجارته ٢٢٩٨

كتاب الغصب

- مسألة ٨٠٢ خرق الثوب ٢٣٠٣
- مسألة ٨٠٣ حكم قطع يدي العبد ٢٣٠٩
- مسألة ٨٠٤ أرش عين الفرس ٢٣١٣
- مسألة ٨٠٥ حكم زيادة العين المفضوبة ٢٣١٩
- مسألة ٨٠٦ ضمان منافع العين المفضوبة ٢٣٢٥
- مسألة ٨٠٧ إجارة للمغصوب ٢٣٢٣
- مسألة ٨٠٨ ولد الجارية المفضوبة ٢٣٣٥
- مسألة ٨٠٩ متى يصمن للمرور ؟ ٢٣٢٩
- مسألة ٨١٠ رجوع للمرور على الفارس ٢٣٤١
- مسألة ٨١١ إكراه الرجل امرأة على الزنا ٢٣٤٣
- مسألة ٨١٢ غصب العقار وضمانه ٢٣٥٠
- مسألة ٨١٣ حفر البئر في ملك الغير وإرادة الطم ٢٣٥٨
- مسألة ٨١٤ صبح الثوب المفضوب ٢٣٦١
- مسألة ٨١٥ غصب الطعام وتغيير حالته ٢٣٦٤
- مسألة ٨١٦ تغيير العين المفضوبة بفعل الغاصب ٢٣٦٦

- مسألة ٨١٧ تمليك الغاصب بالتضمن ٣٣٧٣
- مسألة ٨١٨ غصب الساجة والبناء عليها أو حولها ٣٣٧٩
- مسألة ٨١٩ إذا غصب طعامًا فقدمه إلى مالكة فأكله برئ الغاصب من الضمان ٣٣٩٠
- مسألة ٨٢٠ فتح القفص وطيران ما فيه ٣٣٩٣
- مسألة ٨٢١ هل في كسر الربط أو الطبل ضمان أو لا ؟ ٣٣٩٦
- مسألة ٨٢٢ إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ٣٣٩٨
- مسألة ٨٢٣ هبة الطعام والمنصوب لغير المنصوب منه ٣٤١٠
- مسألة ٨٢٤ جبر نقصان الولادة بالولد ٣٤١٢
- مسألة ٨٢٥ ضمان أم الولد بالنصب ٣٤١٥

كتاب الشفعة

- مسألة ٨٢٦ هل شراء الأرض والتخيل يستلزم دخول الثمر في الشفعة ٣٤٢٠
- مسألة ٨٢٧ الجوار سبب الشفعة ٣٤٢٣
- مسألة ٨٢٨ طلب الشفعة ٣٤٤٣
- مسألة ٨٢٩ حكم ما إذا كان بدل الشقص صدق امرأة أو خلع أو إجارة أو صلح دم عمد وغيرها ٣٤٤٧
- مسألة ٨٣٠ بم يأخذ الشفيع إذا اشترى المشتري الشقص بشن مؤجل ؟ ٣٤٥٢
- مسألة ٨٣١ هل تجب الشفعة للأخ والعم أو للأخ فقط ٣٤٥٥
- مسألة ٨٣٢ هل الشفعة بين الشركاء على عدد الرعوس أم على مقادير الأنصبة ؟ ٣٤٥٧
- مسألة ٨٣٣ هل تسقط الشفعة بموت الشفيع ٣٤٦١
- مسألة ٨٣٤ حكم تلف الشقص المشفوع ٣٤٦٦
- مسألة ٨٣٥ حكم ما لو بنى المشتري أو غرس في الشقص الذي اشتراه ٣٤٧٠
- مسألة ٨٣٦ الشفعة فيما لا يحتمل القسمة ٣٤٧٥
- مسألة ٨٣٧ عدم أخذ الولي الشفعة وبلغ المولى عليه هل هو له أخذها أو لا ؟ ٣٤٨٠
- مسألة ٨٣٨ قبض الشفيع الشقص من البائع ٣٤٨٣
- مسألة ٨٣٩ هل العهدة على البائع أو على المشتري ؟ ٣٤٨٦

- مسألة ٨٤٠ إذا حط البائع بعض الثمن عن المشتري هل يشمل ذلك الشفع أم لا ؟ ٣٤٨٨
- مسألة ٨٤١ هل للشفيع أن يأخذ من المشتري نصيب أحد البائعين أو لا ؟ ٣٤٩٠
- مسألة ٨٤٢ إذا أقر المشتري بضمن معين وأخذها الشفع بذلك الثمن ثم أقام البائع البينة على خلاف ذلك ٣٤٩٣
- مسألة ٨٤٣ إذا كان المشتري شريكاً فهل للشفيع الآخر الشفعة أو لا ؟ ٣٤٩٤
- مسألة ٨٤٤ حكم ما إذا اشترى الذمي من الذمي شقصاً بخمر أو خنزير ٣٤٩٦
- مسألة ٨٤٥ هل طلب الشفعة يسقط بالتأخير ؟ ٣٤٩٨

كتاب المضاربة

- مسألة ٨٤٦ المضاربة بالدراهم المغشوشة ٣٥٠٣
- مسألة ٨٤٧ المضاربة بضمن السلعة ٣٥٠٧
- مسألة ٨٤٨ تأقوت المضاربة ٣٥٠٩
- مسألة ٨٤٩ تقيد رب المال للعامل في التصرف ٣٥١٢
- مسألة ٨٥٠ نفقة المضارب في السفر ٣٥١٥
- مسألة ٨٥١ شراء المضارب من يعتق عليه ٣٥١٩
- مسألة ٨٥٢ شراء المضارب زوج ربة المال ٣٥٢١
- مسألة ٨٥٣ شراء المأذون بالتجارة أياً مولاه ٣٥٢٣
- مسألة ٨٥٤ اشتراط جميع الربح لأحد المتضاربين ٣٥٢٤
- مسألة ٨٥٥ اقتضاء ديون المضاربة بعد فسخها ٣٥٢٧
- مسألة ٨٥٦ ملك الربح بالظهور أو بالقسمة ٣٥٢٩

كتاب العبد المأذون في التجار

- مسألة ٨٥٧ استفادة التصرف العام بالإذن الخاص ٣٥٣٥
- مسألة ٨٥٨ استفادة الإذن عن طريق السكوت ٣٥٤١
- مسألة ٨٥٩ ما يجوز للمأذون من التصرف في المال ٣٥٤٣
- مسألة ٨٦٠ رفع الإذن بالهرب ٣٥٤٥
- مسألة ٨٦١ إجارة المأذون لنفسه ٣٥٤٧

كتاب المساقاة

مسألة ٨٦٢ كتاب المساقاة ٣٥٥١

كتاب الإجارة

- مسألة ٨٦٣ فسخ عقد الإجارة بالعذر ٣٥٧١
- مسألة ٨٦٤ وقت وجوب الأجرة ٣٥٨٠
- مسألة ٨٦٥ إجارة الدار كل شهر بكفلا ٣٥٩٢
- مسألة ٨٦٦ انفساخ الإجارة بالموت ٣٥٩٦
- مسألة ٨٦٧ مدة الإجارة ٣٦٠٥
- مسألة ٨٦٨ تقسيط الأجرة على عدد السنين ٣٦٠٩
- مسألة ٨٦٩ تأجير المستأجر العين لصاحبها الذي أجرها له ٣٦١١
- مسألة ٨٧٠ إجارة المأجور ٣٦١٤
- مسألة ٨٧١ اشتراط الخيار في عقد الإجارة ٣٦١٦
- مسألة ٨٧٢ مشاهدة الحمل المؤجر ٣٦٢٠
- مسألة ٨٧٣ استبدال المحمول كلما نقص ٣٦٢٣
- مسألة ٨٧٤ إجارة الظفر بطعامها وكسوتها ٣٦٢٥
- مسألة ٨٧٥ إجارة المؤجر ما استأجره بأكثر من أجرته ٣٦٣١
- مسألة ٨٧٦ بيع العين المؤجرة ٣٦٣٤
- مسألة ٨٧٧ ما تلف في يد الأجير المشترك من غير فعله ٣٦٤١
- مسألة ٨٧٨ تلف المعقود عليه بفعل الأجير المشترك ٣٦٤٧
- مسألة ٨٧٩ الدابة المستأجرة إذا تلفت بضربة ٣٦٥٢
- مسألة ٨٨٠ إجارة المشاع ٣٦٥٥
- مسألة ٨٨١ اختلاف رب الثوب والخياط ٣٦٦٠
- مسألة ٨٨٢ إجارة الدار شهراً مطلقاً ٣٦٦٥
- مسألة ٨٨٣ إجارة مدة لا تلي العقد ٣٦٦٧
- مسألة ٨٨٤ عتق القيد وبلوغ الصبي في مدة الإجارة ٣٦٧٢
- مسألة ٨٨٥ بلوغ الصبي وماله مؤجر ٣٦٧٥

٣٦٧٧	مسألة ٨٨٦ استجار منفعة بحسبها
٣٦٨٠	مسألة ٨٨٧ استجار الكتب
٣٦٨٢	مسألة ٨٨٨ إجارة الدراهم والدنانير
٣٦٨٥	مسألة ٨٨٩ استجار الحائط لوضع خشب عليه أو الشجر لنشر الثياب
٣٦٨٦	مسألة ٨٩٠ الاستجار لحمل الحمر لغير الإرافة
٣٦٨٩	مسألة ٨٩١ استجار الدار للصلاة
٣٦٩٢	مسألة ٨٩٢ إجارة الدار لمن يتخذها كنيسة أو صومعة
٣٦٩٣	مسألة ٨٩٣ إجارة السمسار
٣٦٩٦	مسألة ٨٩٤ الإجارة على تعليم القرآن
٣٦٩٨	مسألة ٨٩٥ موجب الأجرة في الإجارة الفاسدة
٣٧٠٢	مسألة ٨٩٦ مقدار الأجرة في الإجارة الفاسدة
٣٧٠٤	مسألة ٨٩٧ انقضاء مدة الإجارة وفي الأرض غرس أو بناء
٣٧٠٧	مسألة ٨٩٨ اشتراط اختلاف الأجر باختلاف نوع المنفعة ووقتها
٣٧١٠	مسألة ٨٩٩ الإجارة على القصاص في النفس
٣٧١٢	مسألة ٩٠٠ الأجرة في استيفاء القصاص على المقتضى أو المقتضى منه
٣٧١٦	مسألة ٩٠١ إسك العين مدة الإجارة من غير انتفاع بها
٣٧١٨	مسألة ٩٠٢ (المزارعة)
٣٧٢٣	فهرس المجلد السابع